

THÈSE DE

PARIS.

1887.

N^o. 120.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE LA RÈGLE CATONIENNE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

PAR

RENÉ SIMON

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, rue Soufflot, 24.

1887

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547910_0012

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE LA RÈGLE CATONIENNE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RENÉ SIMON

ACAD.
UGD. BAT.
BIBL.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le *jeudi 28 avril 1887*, à midi.

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR,

SUFFRAGANTS :	{	MM. GARSONNET,	PROFESSEUR.
		BEAUREGARD,	{ AGRÉGÉS.
		JOBBÉ-DUVAL.	

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, rue Soufflot, 24.

1887

DROIT ROMAIN

DE LA RÈGLE CATONIENNE

GÉNÉRALITÉS.

ORIGINE. — BUT DE LA RÈGLE.

Le droit romain admettait, en thèse générale, qu'un acte nul *ab initio* ne pouvait se confirmer par le laps de temps comme le prouve la loi 29, *De reg. jur.* (D. 50, t. 17), conçue de la manière la plus large : « Quod initio vitiosum est non potest tractu »
« temporis convalescere, » il faut donc se placer à l'*initium* d'un acte pour en apprécier la validité. La même idée se trouve exprimée aux Institutes à propos des stipulations (§ 2, Inst. *De inut. stip.*), les institutions d'héritier étaient pareillement appréciées d'après le même principe, ainsi que l'atteste la loi 210, *De reg. jur.* : « Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest. » Le testament ne fut longtemps en effet qu'une *manci-*

patio familiæ, c'est-à-dire un contrat solennel passé entre le *de cujus* et l'*emplor*, en sorte que l'on fixa en principe l'*initium* du testament au jour de sa confection. L'altération que subit la forme primitive du testament *per æs et libram* n'empêcha pas l'institution d'héritier de continuer à être considérée comme un *negotium actum inter testatorem et heredem* (Inst. liv. 2, t. 10, § 10).

La règle Catonienne dont nous avons à nous occuper ici et qui se réfère aux legs a été ainsi formulée par le jurisconsulte Celsus : « Quod, si testamenti « facti tempore decessisset testator, inutile foret : id « legatum, quodcumque decesserit, non valere. » (L. 1 pr., D. 34, t. 7).

On se rend d'abord difficilement compte de l'utilité de notre règle ; elle semble se confondre avec le principe que nous posons en commençant, et simplement énoncer son application à la matière des legs. Cette confusion a été commise par Cujas et la plupart des jurisconsultes antérieurs à l'époque contemporaine ; ils mêlaient les deux principes sous le nom de règle Catonienne, appliquant les dispositions de celle-ci aux stipulations et aux institutions d'héritier, au lieu de les restreindre aux legs et aux fidéicommiss.

La règle Catonienne a cependant sa raison d'être, car elle n'est pas une application pure et simple du principe : *quod initio vitiosum, etc...* en matière de legs ; elle ne régit que certaines classes de legs en-

tachés de causes de nullité qui ne tiennent pas aux principes généraux du droit romain, mais le plus souvent à des relations juridiques existant entre le disposant et le légataire, l'héritier et le légataire, ou bien entre le légataire et l'objet légué, et seulement encore dans des conditions déterminées.

Dans ces divers cas, il s'agissait de savoir si le legs, qui, au moment de la confection du testament, rencontrait à sa réalisation certains obstacles que nous indiquerons plus loin, était nul *a priori*, ou pouvait devenir valable, si l'obstacle disparaissait avant la mort du testateur.

Il y avait là, comme on le voit, une question délicate d'appréciation de la volonté du testateur, qui fut tranchée par la règle Catonienne.

La règle Catonienne dont le nom même indique qu'elle remonte à Caton le Censeur, ou plutôt à son fils qui a laissé des ouvrages remarquables, fut admise et précisée par la jurisprudence dès le VI^e siècle de Rome. Au moyen d'une distinction plus ingénieuse que sage on fit deux catégories des legs qui devaient avoir un effet immédiat au moment de la mort du testateur, d'une part, et de ceux dont l'effet ne devait se produire que plus tard, d'autre part; on fit tomber les premiers sous le coup de la règle, mais on en affranchit les autres. Ainsi, pour apprécier la validité d'un legs, il fallait supposer le

(1) Voir Pomponius, loi 2, § 38, D. A. 1. 2.

testateur mort immédiatement après la confection du testament, et voir si, dans cet état, le legs eût été valable.

On supposa sans doute que la personne qui dispose par acte de dernière volonté, testant dans la pensée de la mort, puisque la pensée de l'imminence du décès doit surtout être présente à l'esprit de celui qui teste, a dû entendre faire quelque chose d'efficace pour le cas où elle mourrait immédiatement : s'il existait un obstacle à la réalisation du legs, elle a dû l'ignorer; on ne peut guère lui supposer la pensée d'avoir voulu faire une disposition inutile; en tous cas, il y a doute, cela a suffi pour faire annuler la disposition, et couper court aux difficultés qui auraient pu s'élever sur l'interprétation de la pensée du testateur. Si, au contraire, par suite de la nature du legs, un intervalle doit exister entre la mort du testateur et l'exécution, on peut croire que le *de cujus* a légué pour le cas où l'obstacle viendrait à disparaître dans l'intervalle; cela suffit pour ne pas annuler le legs *ab initio*.

Néanmoins, si nous apprécions la règle Catonienne d'après l'interprétation naturelle de la volonté du testateur, et en dehors des rigueurs du droit civil et du formalisme romain, sa légitimité nous paraît contestable. Pourquoi ne pas présumer, en effet, qu'en insérant un legs dans son testament, le *de cujus* a toujours entendu faire une disposition valable, pourvu qu'elle pût se réaliser à sa

mort : un obstacle l'empêchera de valoir, si la mort est immédiate, mais pourquoi la disparition de cet obstacle avant le décès ne consoliderait-elle point le legs ? Le droit romain affranchit de la règle Catonienne les legs conditionnels ; il eût été bien simple d'interpréter d'une manière plus large la volonté du testateur et de traiter de même les legs purs et simples, en les réputant faits sous la condition qu'ils seraient réalisables au moment du décès.

L'origine et le but de la règle Catonienne étant établis, il s'agit maintenant d'étudier cette règle avec les développements qu'elle comporte ; nous diviserons cette étude en cinq chapitres : dans un premier nous verrons quelles sont les dispositions de dernière volonté auxquelles se réfère la règle Catonienne et les caractères essentiels qui la constituent, — dans le second nous verrons les cas d'application de cette règle ; — le troisième sera consacré aux causes de nullité de certains actes de dernière volonté étrangères à la règle ; — le quatrième se référera à l'influence de la règle aux différentes époques de la législation romaine ; — enfin, dans le cinquième, nous examinerons ce qu'est devenue la règle dans le droit écrit, dans le droit coutumier et sous la législation moderne.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS DE DERNIÈRE VOLONTÉ AUXQUELLES SE RÉFÈRE
LA RÈGLE CATONIENNE. — CARACTÈRES ESSENTIELS DE
CETTE RÈGLE.

Comme nous l'avons déjà dit, l'application de notre règle est restreinte aux legs et, comme nous le verrons plus loin, aux fidéicommiss. Cependant quelques auteurs ont prétendu qu'elle ne s'appliquait pas aux fidéicommiss, nous renvoyons l'examen de cette question à notre troisième chapitre qui traitera de l'influence de la règle Catonienne aux diverses périodes de la législation romaine. La loi 3, D. h. t., distingue deux catégories de legs : l'une dont le *dies cedens* est contemporain de la mort du disposant et l'autre dont le *dies cedens* est postérieur à cet événement, la première est assujettie à la règle et l'autre ne l'est pas. Cependant, dans la première catégorie, il peut s'en trouver qu'on doive soustraire à l'empire de la règle, s'ils n'ont pas été faits par le testateur en vue d'une mort immédiate. Plusieurs textes le démontrent. C'est d'abord la loi 1, § 1 (D. 34, t. 7) : « Quid enim, si quis ita legaverit : « Si post calendas mortuus fuero, Titio dato ? » An « cavillamur ? Nam hoc modo, si statim mortuus « fuerit, non esse datum legatum, verius est, quàm « inutiliter datum. » Celsus suppose qu'un homme

a fait un legs sous la condition qu'il mourrait après telles calendes; il n'y a pas à s'inquiéter du sort de ce legs, dans le cas d'une mort immédiate; le testateur a pris soin d'exprimer que, dans cette hypothèse, il n'y aurait pas de legs : *non esse datum legatum*. Il n'y a legs que si le déposant a survécu aux calendes; mais de ce jour, le legs est devenu pur et simple, et son *dies cedens* doit se placer *mortis tempore*. Si l'on admettait que les legs, dont le *dies cedens* est contemporain de la mort du *de cuius*, sont tous assujettis à la règle Catonienne, il faudrait annuler le legs; mais ce serait une absurdité puisque le testateur a formellement indiqué que, dans le cas où la condition se réaliserait, il voulait que sa volonté fût exécutée : il n'a pas légué en vue d'une mort immédiate, cela suffit pour que la disposition soit valable.

Le § 2 est le développement de la même idée : « Item, si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est : si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur : quod non debetur, si testator statim decessisset. » Un fonds appartenant à Titius lui a été légué sous la condition que Titius aurait aliéné le fonds avant la mort du testateur. En raisonnant de la même manière que dans l'hypothèse précédente, nous validerons le legs si la condition vient à se réaliser; encore, pour admettre cette solution faut-il voir dans ce membre de phrase : « Si eum vivo testatore alienaveris, » la re-

production de la teneur du legs, autrement il s'agirait d'un legs pur et simple n'ayant aucune analogie avec l'hypothèse du § 1, et notre texte se trouverait en contradiction avec le § 10 (Inst. *De legatis*), qui déclare nul le legs de la chose appartenant au légataire, lors même que l'objet du legs serait sorti du patrimoine du légataire avant le décès du testateur, et avec la loi 41, § 2 (D. *De legatis*, I). La loi 2 (*De reg. Cat.*), empruntée à Paul, donne une solution analogue à la loi 1 : « Sed si sic legaverit : « Si « filia mea Titio nupta erit, » sufficere visum est, si « mortis tempore nupta inveniatur, licet testamenti « facti tempore fuerit impubes. » Un legs est fait sous la condition : « Si filia mea Titio nupta erit. » Au moment où le père faisait son testament sa fille était impubère; il n'a donc disposé qu'en vue du cas où avant sa mort sa fille arriverait à la puberté et épouserait Titius; il n'a pas disposé en vue d'une mort immédiate. Paul décide que le legs pourra valoir. Quant au legs dont le *dies cedit* est postérieur au décès, aucune difficulté ne se présente : tous doivent être soustraits à l'application de la règle. Tels sont les legs soumis à une condition devant se réaliser après le décès du testateur, les legs d'usufruit, d'usage et d'habitation. On explique généralement pourquoi le *dies cedit*, pour un legs d'usufruit, est reporté à l'adition de la manière suivante : si la *diei cessio* du legs d'usufruit se fut placée au jour même du décès du testateur, elle n'aurait servi à rien ; son

principal effet, qui est de rendre le droit au legs transmissible aux héritiers, ne pouvant se produire pour un tel legs; et d'autre part, le droit commun aurait pu nuire au légataire lui-même, car, venant à subir une *capitis deminutio* avant l'adition, il se fut trouvé irrévocablement déchu de son droit.

Dans un texte bien connu (L. 24, D. 1, D. *De leg*). Pomponius tire une conséquence remarquable de l'inapplication de la règle Catonienne au legs d'usufruit; ce jurisconsulte s'exprime ainsi : « Si usum-
« fructum habeam, eumque legaverim : nisi postea
« proprietatem ejus nactus sim, inutile est lega-
« tum, » étant usufruitier du fonds Cornélien je lègue, *per vindicationem*, à un de mes amis mon droit d'usufruit. En principe le legs est nul; il ne peut pas même être question de le valider à l'aide du sénatusconsulte Néronien; car la chose léguée aura nécessairement péri au moment où s'ouvrira le droit du légataire, c'est-à-dire après ma mort; — mais si, avant ma mort, j'acquiers la propriété du fonds Cornélien, la règle Catonienne étant ici inapplicable, le legs devra être exécuté. — Seulement le légataire obtiendra naturellement un usufruit nouveau et non pas celui là-même dont j'étais investi.

Quand le défunt a affranchi directement ou a légué son esclave et qu'en même temps il lui a fait un legs, le *dies cedit* est aussi reporté à l'adition. — Nous étudierons plus loin ces deux hypothèses.

CHAPITRE II.

CAS DANS LESQUELS S'APPLIQUE LA RÈGLE CATONIENNE.

La règle, qui fait l'objet de cette étude, ne régit que les legs purs et simples entachés de certaines nullités qui ne tiennent pas aux principes généraux du droit, mais seulement, comme nous l'avons déjà dit, à des relations particulières existant entre le disposant et le légataire, entre l'héritier grevé et la personne gratifiée, aux rapports du légataire vis-à-vis de la chose léguée, en sorte que le même legs vaudrait s'il s'adressait à d'autres personnes ou s'il était fait dans d'autres conditions. Nous allons parcourir ces différentes causes de nullité.

PREMIER CAS. — *Legs d'une chose appartenant au légataire.*

Si, comme nous le verrons plus loin, la règle Catonienne doit être écartée lorsque la chose léguée n'est pas dans le commerce, elle reprend son empire si le défaut de *commercium* n'est que relatif, par exemple si la chose léguée appartient au légataire. L'incapacité, où se trouve celui-ci, d'acquérir ce qui lui est légué, n'est que transitoire et peut disparaître le jour où il aliénera l'objet légué. C'est ici que se place la distinction entre le legs pur et simple et le

legs conditionnel. La règle Catonienne annule le premier (L. 13, C. 6, t. 37; et § 10, Inst., *De legatis*) et laisse subsister le second, pourvu qu'à l'événement de la condition, le légataire ait cessé d'être propriétaire (L. 98, D. 35, t. 1 et L. 41, § 2, D. *De legatis*, l). Il en serait de même en matière de stipulations, on pourrait stipuler sa propre chose sous condition (L. 31, D. 45, t. 1).

La loi 1 § 2 (*De reg. Cat.*), que nous avons étudiée plus haut, nous montre également que le legs, fait au légataire, d'une chose qui lui appartient, peut, s'il est fait sous la condition qu'au moment de la mort du testateur le légataire aura aliéné la chose léguée, recevoir son effet par suite de l'accomplissement de la condition.

DEUXIÈME CAS. — *Legs d'une « res ædibus juncta ».*

Nous voyons dans la loi 41, §§ 1 et 2 (D. *De legatis*, 1) et dans la loi 52 (D. 18, t. 1) qu'un sénatus-consulte rendu sous Trajan ou sous Adrien, défendait de léguer *ea quæ ædibus juncta sunt*, cette prohibition se liait à une mesure générale, car il était interdit aux propriétaires de détruire leur maison de ville ou de campagne (*domum villamve diruere*) et de chercher à spéculer sur la vente des matériaux provenant de ces démolitions (L. 52, D. 18, t. 1). Toutefois le défaut de *commercium* n'était pas absolu, et le legs, tout en portant sur une

chose qui exigeait la démolition d'un bâtiment, pouvait ne pas tomber sous l'application de la règle Catonienne : il suffisait pour cela qu'il fût conditionnel et que la démolition arrivât par cas fortuit *pendente conditione*. Ici la supposition que l'objet du legs rentrera dans le commerce n'a rien d'excessif.

TROISIÈME CAS. — *Legs d'une servitude prédiale à une personne qui n'est pas propriétaire du fonds dominant.*

Nous croyons pouvoir appliquer la règle de Caton dans le cas où une servitude prédiale a été léguée à quelqu'un qui n'est pas propriétaire du fonds dominant : nous nous appuyons pour soutenir cette thèse sur le § 56 des *Fragments du Vatican*. Le texte commence par déclarer nulle la stipulation d'usufruit, même conditionnelle, faite par un *servus hereditarius*, parce que la stipulation fixe immédiatement le droit sur la tête de quelqu'un, et que, dans l'espèce, l'esclave n'a pas de maître qui puisse devenir, par suite de la stipulation, bénéficiaire de ce droit ; puis le jurisconsulte continue ainsi : « Item. « Servo via inutiliter legatur, stipulatur autem eam « utiliter, si dominus fundum habeat. » Ici l'esclave a un maître ; si le legs qu'on lui fait est nul, c'est qu'il lui manque cette condition indispensable : pouvoir acquérir pour lui-même l'objet du legs, s'il était libre. Même libre, il ne pourrait acquérir la chose

léguee, du moment qu'il ne serait pas maître du fonds dominant.

Toutefois, dans l'intervalle du testament à l'adition d'hérédité, le légataire de la servitude prédiale peut devenir propriétaire du fonds dominant, en sorte que le legs ne rencontrera aucun autre obstacle à sa validité que l'application de la règle Catonienne : le legs pur et simple sera nul *ab initio*, le legs conditionnel pourra valoir *ex postfacto*.

QUATRIÈME CAS. — *Legs à une personne incapable à raison de ses relations avec le disposant ou avec l'héritier.*

Nous allons nous occuper maintenant des legs auxquels s'applique la règle Catonienne, et chez lesquels la cause de nullité tient exclusivement aux rapports existant entre le testateur et le légataire ou entre le légataire et l'héritier. Un legs est-il fait à une personne frappée d'une incapacité relative de la nature de celles que nous venons d'indiquer : pur et simple, il est inutile en vertu de notre règle ; conditionnel, il n'est pas nul *à priori*, il peut valoir si l'incapacité a disparu à l'événement de la condition.

Nous examinerons successivement le sort du legs fait à l'esclave de l'héritier, de celui fait au maître de l'esclave institué, et de celui laissé par le *de cuius* à son propre esclave.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Legs à l'esclave de l'héritier.* — Cette hypothèse est expressément prévue aux Institutes (§ 32, *De legatis*) et elle s'y trouve résolue par la distinction ordinaire. Le legs pur et simple est annulé par la règle Catonienne, en effet, on ne peut en principe faire un legs à l'esclave de l'héritier, car ce dernier se trouverait à la fois créancier et débiteur du legs, et l'obligation se confondrait sur sa tête. Quant au legs conditionnel, il n'est pas nul *ab initio*, il vaudra si lors de la *diei cessio* l'esclave est sorti de la puissance de l'héritier; un rapport de droit sera possible alors entre l'héritier, débiteur, et le nouveau maître de l'esclave, créancier du legs.

Cette solution n'avait pas toujours été admise. Au temps de Gaius (*Com.* II, § 244), Servius tenait toujours le legs pour valable, et voulait qu'on attendit toujours le *dies cedens*; les Proculéiens, au contraire, annulaient toujours le legs, qu'il fut conditionnel ou pur et simple; peu importait, car en supposant la mort immédiate du testateur, l'héritier maître de l'esclave se fût trouvé débiteur d'une personne placée sous sa puissance, et nous savons qu'en droit romain aucun rapport de droit ne pouvait se former entre un *paterfamilias* et l'esclave qu'il avait *in potestate*. Cette opinion des Proculéiens ne pouvait prévaloir, car *pendente conditione*, le légataire ne pouvait être considéré comme ayant acquis même une espérance de droit. — Aussi ne transmettait-il rien à ses héri-

liers en cas de décès pendant que la condition était en suspens, à la différence de ce qui se passait lorsqu'il s'agissait d'une stipulation conditionnelle. (L. 42 pr., D. *De obl. et act.*). Les Sabinienens enfin proposaient la distinction entre le legs pur et simple et le legs conditionnel qui a fini par triompher (Ulpien, *Reg.*, t. 24, § 23).

La solution que nous venons de donner, annulant *ab initio* le legs pur et simple fait à l'esclave de l'institué, ne s'appliquera en rigueur que dans le cas où le maître de cet esclave aurait été institué pour le tout. Le legs fait à l'esclave de l'un des héritiers vaudra pour les fractions du legs incombant à la charge des autres héritiers: « Heredi a semetipso
« legatum dari non potest, a coherede potest. » (L. 116, § 1, D. *De legatis*, I). Supposons que Primus et Secundus aient été institués conjointement et qu'un legs *per vindicationem* ait été fait à l'esclave de Primus, ce legs vaudra pour moitié si Primus et Secundus se partagent l'hérédité, pour le tout si Primus renonce. Les solutions seraient les mêmes en cas de legs *per damnationem*, si la masse des héritiers avait été grevée du legs; mais un legs de ce genre serait encore valable pour le tout, s'il avait été mis en entier à la charge de Secundus.

Mais si, écartant l'hypothèse de deux héritiers, nous supposons un legs fait à l'esclave de l'héritier unique, il faudra bien admettre la nullité.

Comment alors concilier cette décision avec la

personnalité que le droit romain reconnaît à l'esclave, en matière de legs ? La difficulté principale repose sur la loi 82, § 2 (D. *De legatis* II), empruntée au jurisconsulte Paul : « Servo alieno posse rem domini
« legari Valens scribit : item id, quod domino ejus
« purè debetur. Cùm enim servo alieno aliquid in
« testamento damus, domini persona ad hoc tantum
« inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio; cæte-
« rum ex personâ servi constitit legatum. Et ideo
« rectissimè Julianus definit, id demum servo alieno
« legari posse, quod ipse liber factus capere posset.
« Calumniosa est enim illa annotatio, posse legari
« servo, et quamdiu serviat; nam et hoc legatum ex
« personâ servi vires accipit. Alioquin et illud anno-
« tarem, esse quosdam servos, qui, licet libertatem
« consequi non possint, attamen legatum et heredi-
« tatem possunt acquirere domino. Ex illo igitur
« præcepto, quod dicimus : servi inspicere personam
« in testamentis, dictum est, servo hereditario legari
« posse. Ita non mirum, si res domini, et quod ei de-
« betur, servo ejus purè legari possit, quamvis do-
« mino ejus non possent hæc utiliter legari. »

Voici la traduction qu'en donne M. Pellat (4).

« Valens écrit qu'on peut léguer à l'esclave d'autrui la chose de son maître, ainsi que ce qui est dû pure-

(4) Voir, pour la traduction et le commentaire de cette loi par M. Pellat, la *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 224 et suiv.

ment à ce maître. Car, lorsque nous donnons dans notre testament quelque chose à l'esclave d'autrui, la personne du maître est prise en considération seulement à ce point de vue, qu'il y ait faction de testament avec lui : du reste, le legs prendra sa consistance dans la personne de l'esclave. Ainsi Julien pose avec grande raison cette règle : qu'on peut léguer à l'esclave d'autrui ce que, devenu libre, il pourrait recevoir lui-même.

Il faut en effet regarder comme une pure chicane cette annotation (faite sur la règle de Julien) qu'on peut léguer à un esclave, même pour le temps où il restera esclave. Autrement, nous ajouterions nous-même cette annotation, qu'il existe certains esclaves qui, bien qu'ils ne puissent pas obtenir la liberté (1), peuvent cependant acquérir à leur maître un legs et une hérédité. Par conséquent, de ce précepte que nous énonçons, que l'on considère la personne de l'esclave dans le testament, on a conclu que l'on peut léguer à un esclave héréditaire. Il n'est donc pas étonnant qu'on puisse léguer purement à un esclave la chose de son maître et ce qui est dû à celui-ci, quoique ces objets ne puissent pas être légués utilement au maître. »

Dans son étude sur la règle Catonienne, M. Machelard, en présence de cette décision qui permet de

(1) Les esclaves vendus ou légués, sous la condition qu'ils ne pourront être affranchis, ou ceux qui, en punition d'un délit, ont été condamnés à ne pouvoir être affranchis (L. 9, D. 40, t. 4).

léguer à un esclave ce qui appartient à son maître ou ce qui est dû à celui-ci purement et simplement, bien que, dans les deux cas, le legs eût été inutile s'il se fût adressé au *dominus* (Inst. § 10, *De legatis*, et § 14, *eod. tit.*), se demande s'il n'y a pas violation de la règle de Caton. « En supposant, dit-il, la mort immédiate du testateur, le legs eût été nul; or, la règle Catonienne veut justement qu'on apprécie la validité du legs en se plaçant au moment de la confection du testament. » M. Machelard cherche à expliquer l'antinomie entre cette loi et le principe de Caton par un raisonnement ingénieux, mais un peu subtil; suivant lui, les Romains distinguaient : 1^o l'appréciation de ce qui est nécessaire pour constituer le legs, 2^o la détermination de la personne qui profitera du legs. Sur le premier point, ce savant jurisconsulte fait dépendre la validité du legs *ab initio* d'une double condition : 1^o nécessité de la *factio testamenti* chez le maître, 2^o possibilité pour l'esclave de recueillir le legs s'il eut été libre. Sur le deuxième point, c'est-à-dire pour savoir qui profitera du legs, il n'y aurait eu qu'une question d'avenir qui ne devait se résoudre qu'à l'échéance du *dies cedens* effectif. — C'est à cette époque que l'acquisition du legs se réalisera pour celui qui se trouvera alors propriétaire de l'esclave.

En un mot, ce qui est requis dans le principe, ce qui rentre dans les éléments constitutifs de l'*initium* du legs, c'est l'aptitude de l'esclave à recueillir le

legs, à supposer qu'il soit libre, c'est aussi la *factio testamenti* de son maître avec le testateur ; peu importe qui profitera plus tard de la disposition. Qui ne voit alors que c'est tout simplement la violation des principes de la règle Catonienne ? Leur application suffit, en effet, pour faire annuler *a priori* le legs pur et simple fait à l'esclave de l'institué, et cependant un legs de cette nature renferme les deux éléments que nous avons jugés nécessaires *ab initio* pour la validité du legs : aptitude de l'esclave à recueillir, s'il était libre, et *testamenti factio* du maître ; on peut donc en conclure que cette distinction n'est pas fondée.

On a répondu à l'objection, en disant que si le legs pur et simple, fait à l'esclave de l'institué, est nul, c'est que l'esclave n'a pas la *testamenti factio*, et qu'il ne peut emprunter à son maître la capacité de recevoir par testament, par le motif qu'elle tournerait au détriment de celui-ci et lui enlèverait le legs, que cela rendrait pire la position du maître, contrairement à un principe absolu du droit romain. Or, un pareil legs serait valable s'il était conditionnel ; ce qui prouve bien que la nullité du legs pur et simple ne tient pas au défaut de *factio testamenti* ; on sait en effet que la *factio testamenti* est aussi nécessaire à l'époque de la confection du testament, dans le cas de legs conditionnel, que dans le cas de legs pur et simple. La difficulté reste donc entière.

Cette première explication écartée, M. Machelard

fait observer que le legs pur et simple, laissé à l'esclave de l'institué, n'est nul que parce qu'il lui manque un troisième élément nécessaire de l'*initium* : l'indépendance de position du grevé et du gratifié. Paul, il est vrai, ne parle pas de ce troisième élément dans la loi 82 ; mais comme il suppose qu'il s'agit d'un *servus alienus*, il n'avait pas à s'en occuper : quand, au contraire, le légataire est l'esclave de l'héritier, c'est l'absence de ce troisième élément qui s'oppose à la validité du legs pur et simple.

Ainsi, d'après le savant professeur, dans le cas de legs conditionnel, le legs à l'esclave de l'institué ne vaudra que par suite de la simultanéité de l'*initium* et de l'événement de la condition (L. 98, D. 35, t. 1) ; du moment qu'à cette époque l'esclave légataire sera, par aliénation ou affranchissement, sorti de la puissance de l'héritier, un rapport de créancier à débiteur pourra dès lors se produire entre lui et son ancien maître, héritier institué. Nous croyons, avec M. Pellat, que la difficulté qu'on croit trouver dans la loi 82 n'existe pas et nous adoptons l'explication à la fois savante et claire qu'il a donnée de cette loi. Si Valens et Paul n'avaient admis la validité du legs pur et simple que pour le cas où l'esclave serait sorti de la puissance de son maître, propriétaire ou créancier de la chose léguée, il y aurait dans la loi 82 une violation de la règle Catonienne ; mais il n'y a pas dans le texte de décision de ce genre. Le legs sera valable, lors même que le légataire serait encore es-

clave du testateur, au moment de la mort de celui-ci. C'est qu'en effet, c'est la personne même de l'esclave qu'on doit avoir en vue, pour savoir si l'on peut faire en sa faveur un legs valable, et l'on peut lui laisser tout ce qu'on pourrait lui laisser, s'il était libre. S'agit-il du legs d'une chose appartenant à un tiers, l'héritier tâchera de l'acheter, et s'il ne réussit pas à le faire, il donnera l'estimation au légataire : si le tiers propriétaire de l'esclave est le maître de la chose léguée, on lui paiera l'estimation ; il est inutile de lui acheter la chose pour la lui donner ensuite. S'agit-il du legs de ce qui est dû au maître, on n'en paiera à l'esclave que l'estimation, et si le testateur est débiteur de cette dette, le legs payé, il sera encore débiteur. Peu importe donc que l'esclave ait été affranchi, aliéné, ou non ; lors de la *diei cessio*, il acquerra le legs, soit pour lui-même, soit pour son maître, et le paiement se fera soit en nature, soit par estimation, suivant les distinctions que nous venons d'indiquer. On comprend alors que le legs pur et simple soit valable ; en supposant la mort immédiate du testateur, il aurait pu se réaliser.

L'hypothèse prévue par Paul est bien différente de celle où l'on suppose un legs s'adressant à l'esclave de l'institué.

Marcellus, auteur de l'annotation sur la règle de Julien, critiquée par Paul dans la loi 82, reconnaît lui-même l'efficacité du legs, fait à un esclave, de la chose appartenant à son maître (L. 113 pr., D. *De*

legatis, I); seulement, il comprend mal la règle de Julien, s' imagine que, d'après ce jurisconsulte, il faut que l'esclave ait la possibilité d'acquérir pour lui-même, et fait observer que pourtant on peut léguer à l'esclave pour le temps où il sera esclave. Or, Julien a dit simplement qu'on pouvait léguer à l'esclave d'autrui ce qu'il pourrait recevoir lui-même, s'il devenait libre; et cela est bien différent de la pensée que Marcellus voit dans la phrase de Julien.

Ainsi, on peut valablement léguer à un esclave la chose de son maître : s'il en est autrement du legs fait à l'esclave de l'héritier, si la règle Catonienne invalide ce legs, c'est qu'en supposant la mort immédiate du testateur, l'héritier serait à la fois créancier et débiteur du legs, ce qui est contradictoire.

La difficulté que nous venons d'étudier avait été remarquée par Cujas, mais il croyait que, dans l'espèce de la loi 82, le legs n'était valable que si l'esclave avait été aliéné ou affranchi avant la mort du testateur, ne songeant pas que c'était aller directement contre la règle de Caton.

Chesius (1) pensait que la règle de Julien dérogeait à la règle posée par Caton, dans le cas de legs fait à un esclave de la chose de son maître et il était d'avis que ce legs devait être validé, en présumant la condition de l'affranchissement futur du légataire; mais cette présomption d'une condition est toute

(1) *Interpretationum juris*, liber II, cap. XVI.

gratuite, et ce n'est au fond qu'une violation détournée de la règle Catonienne; aussi, la repoussons-nous pour nous ranger à l'explication que nous venons d'exposer, d'après l'autorité de M. Pellat.

On s'est demandé si le legs fait à l'esclave de l'institué, nul s'il est fait pur et simple, pourra échapper aux rigueurs de la règle de Caton, en vertu d'une *ademptio* conditionnelle. C'eût été logique; mais, s'inspirant sur ce point de la volonté du disposant, la jurisprudence romaine, qui, à d'autres points de vue, traitait alors le legs comme conditionnel (L. 10 pr., D. 34, t. 4 et L. 6 pr., D. 36, t. 2), le considérait néanmoins comme assujetti au principe de Caton, aussi bien qu'un legs pur et simple; il paraissait choquant qu'un legs inutile, en tant que legs pur et simple, se fût trouvé validé par une disposition postérieure, testamentaire ou codicillaire, révoquant sous condition le legs déjà entaché de nullité « *ademptio autem quo minus, non quo magis, legatum debeatur, intervenit.* » (L. 14 pr., D. 34, t. 4). Il semble sage cependant de restreindre cette doctrine au cas où le testateur a agi *adimendi animo*, et de valider le legs à l'égard duquel il serait démontré que le *de cujus* a voulu, par une *ademptio* conditionnelle, faire disparaître la nullité résultant de ce qu'il était pur et simple.

Nous avons supposé jusqu'ici que le legs avait été laissé à l'esclave de l'institué; s'il avait été laissé à son fils en puissance, à sa femme *in manu*, à la

personne sur laquelle il avait le *mancipium*, à l'époque classique la solution eût été la même. C'est ce qui ressort de ce texte d'Ulpien : « Ei qui in potestate, manu, mancipiove est scripti heredis, sub conditione legari potest, ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit. » (*Reg. t.* 24, § 23), et des lois 25 (*D. De legatis*, I), et 17 *in fine* (*D.* 36, t. 2).

Si, après avoir étudié le sort du legs fait à l'esclave de l'héritier, nous supposons au contraire avec le § 33 (*Inst., De legatis*) qu'un testateur ait institué une personne *alieni juris* et fait un legs à l'individu qui a l'héritier *in potestate*, au maître de l'esclave institué, par exemple, Justinien décide que le legs ne sera pas atteint par la règle. Même en supposant la mort immédiate du testateur, on sait bien que le maître profitera du legs, mais on ignore qui profitera de l'institution; la théorie de la *diei cessio* ne s'applique pas aux institutions, puisqu'elle a justement pour but de fixer le sort du legs pur et simple, indépendamment de la date de l'adition d'hérédité. L'esclave est valablement institué, pourvu qu'il ait un maître jouissant de la *testamenti factio*, et c'est lui-même qui doit faire adition, mais le droit à l'hérédité ne prend vie qu'au profit d'un citoyen romain, seul capable d'être héritier. L'hérédité n'est acquise au maître de l'esclave qu'à compter du moment où ce dernier a fait adition *jussu domini*. On conçoit donc très bien que la règle Catonienne n'ait pas ici

d'application, puisque, même au cas de mort du testateur, il pourrait se faire qu'avant l'adition d'hérédité, l'esclave, par un affranchissement ou une aliénation, fût sorti de la puissance du légataire; dans cette hypothèse, le legs serait valable, car les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur ne seraient plus réunies sur la même tête. Telle était la doctrine commune suivie par Julien, L. 17 *in fine*, D. *Quand. dies leg.*, L. 91, D. *De leg.*, par Paul, L. 25, D. *dic. tit.* et par Ulpien, *Reg.*, XXIV, § 24. Dans ce dernier texte il y a une négation.

Mais tous les commentateurs, à l'exemple de Cujas (*Observ.*, lib. VI, cap. 37) ont considéré comme interpolée la négation que renferme ce texte, et n'y ont vu qu'une confirmation des autres textes que nous venons de citer.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Legs fait par le testateur à son propre esclave.* — Nous savons déjà que pour le legs fait par le testateur à son propre esclave le *dies cedens* se place au jour de l'adition d'hérédité; cela s'explique facilement. Si la *diei cessio* du legs fait à l'esclave du testateur eût été contemporaine du décès de celui-ci, le legs aurait toujours été nul, puisqu'il aurait été acquis à l'hérédité à laquelle appartient jusqu'à l'adition l'esclave affranchi même directement par testament (L. 7, § 6 et L. 8, D. 36, t. 2). Au lieu de cela, le *dies cedens* est reculé jusqu'au jour de l'adition d'hérédité, dès lors l'esclave

peut acquérir le legs, soit pour lui s'il est affranchi, soit pour son nouveau maître, s'il a été légué lui-même à un tiers. Les Romains n'admettaient pas que le maître pût léguer à un de ses esclaves sans l'affranchir (sauf bien entendu le cas, dont nous nous occuperons tout à l'heure, c'est-à-dire celui où l'esclave légataire est lui-même l'objet d'un legs); en ce cas, le legs sera nul *ab initio*. Ce n'est pas par la règle Catonienne qu'il faut expliquer cette rigueur : le legs serait-il conditionnel qu'il ne vaudrait pas davantage, ce serait à la fois donner et retenir, « nec sine libertate aliquid ei (servo testatoris) legari potest. » (L. 76, D. 28, t. 5; voir aussi L. 4, C. 6, t. 37). L'esclave aurait-il même été aliéné ou affranchi postérieurement à la confection du testament, que le legs resterait encore complètement inutile (L. 102, D. *De legatis*, I).

Nous n'avons donc à examiner, au point de vue de la règle de Caton, que les deux hypothèses dans lesquelles le testateur a affranchi ou légué l'esclave légataire.

§ 1^{er}. — *Legs à un esclave avec affranchissement.*

Si l'affranchissement, comme nous venons de le voir, était exigé, il n'était pas nécessaire qu'il fût pur et simple. Il suffisait toutefois qu'il fût simplement conditionnel pour qu'il ne fût pas nul *ab initio*. La validité du legs était subordonnée à l'échéance de la condition; l'héritier faisait-il addition avant l'arrivée

de la condition mise à l'affranchissement, le légataire esclave de l'héritier ne pouvait recueillir le legs (L. 8, D. 36, t. 2), aussi Julien (L. 91, § 1, *De leg.*, 1) nous dit-il que, dans le cas où la condition mise à la liberté est de nature à pouvoir s'accomplir après la mort du testateur, mais avant l'addition, par exemple l'esclave doit compter dix à un tiers ou monter au Capitole, la volonté du testateur est facile à exécuter avant l'addition, et, dès lors, le legs et la liberté arriveront à la fois à l'esclave au moment de la condition. Dans le cas, au contraire, où la liberté ne peut arriver qu'après l'addition, par exemple si l'esclave doit monter au Capitole après cette addition, le legs sera nécessairement nul.

Cette distinction n'est applicable que si l'institué est un héritier externe; le legs pur et simple sera toujours nul si le testateur a institué un héritier nécessaire : dans cette hypothèse, en effet, il n'y a pas lieu de faire addition; par le seul fait de la mort du testateur, l'hérédité passe sur la tête de l'institué, et alors *dies cedit a morte testatoris*. Nous retombons par conséquent dans les conditions régies par la règle Catonienne qui s'applique aux legs purs et simples chez lesquels la *diei cessio* est contemporaine de la mort du *de cuius*. C'est ce qu'indique en termes formels la loi 86 (D. 33, t. 1). « Cum vero libertas sub conditione, legatum autem presenti die datum est, in hoc quaestio est, an constiterit legatum? Etenim nec Catonianæ sententiæ locum in

« proposito esse, quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri, et legatum manumisso deberi, nisi fortè necessarius heres extitisset : tunc enim omnimodo inutile erit legatum jure ipso, quia sub conditione acceperit libertatem. »

Il pourrait se faire que le testament contiñt à la fois l'institution d'un héritier nécessaire et celle d'un héritier externe; dans ce cas, le legs dont nous nous occupons pourra être efficace en ce qui touche ce dernier héritier, et dans la proportion de sa part, pourvu toujours que la condition s'accomplisse avant l'addition d'hérédité.

Passons maintenant à une hypothèse différente : le *de cujus* a inséré dans son testament un legs en faveur d'un de ses esclaves, sans l'accompagner d'un affranchissement, puis, par un codicile postérieur, il a affranchi le légataire; dans ce cas, le legs sera valable, et l'on s'écartera de la règle Catonienne (L. 8, § 5, D. 29, t. 7), par suite de cette fiction juridique qui fait considérer les dispositions inscrites dans un codicile comme contemporaines du testament lui-même (L. 2, § 2, D. 29, t. 7).

Cette fiction est inapplicable au cas où l'esclave affranchi conditionnellement par le testament est, non pas légataire, mais héritier pur et simple; le testateur a beau, par un codicile, donner purement et simplement la liberté à son esclave, l'institution,

conditionnelle dans le principe par suite de l'apposition d'une condition à l'affranchissement, reste conditionnelle, les codiciles ne peuvent pas plus modifier les conditions d'une institution que faire un héritier (L. 38, § 1, D. 28, t. 5).

Si l'esclave légataire, affranchi sous condition par le testament, venait à être affranchi ou aliéné entre vifs avant la réalisation de la condition, le legs serait valable (L. 38, § 4, D. 28, t. 5). L'adjonction d'un affranchissement testamentaire, quoique conditionnel, a empêché le legs d'être nul *ab initio*, et l'aliénation ou l'affranchissement effectif, opéré *pendente conditione*, a assuré son efficacité.

§ 2. — *Legs fait à un esclave qui lui-même est légué.*

Dans cette hypothèse encore, il a fallu, pour rendre possible la validité du legs pur et simple, reculer la *diei cessio* jusqu'au jour de l'adition d'hérédité; cela tient à ce que le rapport de créancier à débiteur du legs ne peut se former entre le légataire de l'esclave et l'institué qu'à compter du jour de l'adition; le légataire de l'esclave ne devient, en effet, propriétaire de l'esclave qui lui est légué que par l'adition, et ne peut, par conséquent, acquérir par cet esclave qu'à ce moment là. Si le *dies cedens* de ce legs laissé à l'esclave légué eut été fixé à la mort du testateur, il aurait profité à l'hérédité qui se trouve jusqu'à l'adition *domina servi*, et aurait été par conséquent inutile. « Servo legato legari posse receptum est :

« quod adita hereditate statim servus adquiritur
« legatario, deinde sequetur legatum. » (L. 69, pr.
D. *De legatis*, I).

Si le legs principal, le legs de l'esclave à l'aide duquel peut subsister le legs secondaire, est conditionnel, le *legatum sequens* aura le même sort que le legs fait à un esclave affranchi sous condition ; il ne sera valable que si la condition mise au premier se réalise avant l'adition d'hérédité. — Mais l'institué est-il un *heres necessarius*, la *diei cessio* du legs fait à l'esclave sera contemporaine du décès du testateur, et la règle Catonienne invalidera le legs comme elle le fait dans tous les cas où, en supposant la mort immédiate du disposant, le legs n'aurait pu avoir d'efficacité. C'est ce qui ressort de la loi 13 pr. (D. 33, t. 5). Primus a légué l'option d'un esclave et a fait un legs à son esclave Stichus sans l'affranchir. L'option ne pouvant se faire qu'après l'adition d'hérédité, le *legatum sequens* fait à Stichus ne se réalisera pas. Il en serait autrement si avant la *diei cessio*, les autres esclaves de Primus étaient tous morts, en sorte que sa *familia* fût réduite à Stichus seul ; le legs portant désormais sur l'esclave Stichus recevrait son exécution. La règle Catonienne ne s'y oppose pas, si nous supposons l'institution d'un *heres extraneus*, « quia potest
« ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesse-
« rit, familia minui. » Si au contraire le testateur a désigné un héritier nécessaire, la règle Catonienne

fait obstacle à la validité du *legatum sequens*, parce qu'alors le *dies cedens* serait contemporain de la mort du *de cujus*. Ce legs eut été inutile si le testateur fut mort de suite; il doit rester tel.

Justinien, en assimilant le legs d'option au legs pur et simple pour le rendre transmissible avant l'option aux héritiers du légataire (L. 3, C. 6, t. 43), n'a pu modifier la disposition de la loi 13. On a pu dire, il est vrai, que le légataire d'option devrait toujours profiter désormais du *legatum sequens*, par la raison que le *dies cedens* du legs principal, comme celui du legs d'option se place au moment de la mort du testateur; mais si la *diei cessio* du legs principal, du legs d'option est avancée jusqu'au jour de la mort du testateur, il ne s'ensuit pas qu'à cette date le légataire de l'option soit devenu propriétaire de l'esclave; le légataire d'un esclave n'en acquiert jamais la propriété *ante aditam hereditatem*, même si un esclave déterminé lui a été légué, et par conséquent ne peut acquérir auparavant par l'entremise de cet esclave. Un pareil legs sera donc, comme avant Justinien, nul *ab initio* en vertu de la règle Catonienne, si l'institué est un *heres necessarius*; il sera nul encore, si l'esclave n'est pas déterminé au moment de l'adition.

§ 3. — *Legs fait à l'esclave commun par un seul de ses maîtres.*

Après avoir étudié le legs fait par un testateur à

un de ses esclaves il nous reste à dire quelques mots de l'hypothèse où l'esclave légataire n'appartient que pour partie au testateur; peu importe, à l'époque classique, que le legs soit accompagné ou non d'un affranchissement.

Paul nous dit, en effet (*Sent.*, liv. III, t. VI, § 14), que dans ces deux cas le bénéfice du legs est acquis en entier au *socius* : « *Communi servo cum libertate* » et *sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris adquiritur.* » Parlons d'abord du cas où le legs est accompagné d'un affranchissement. Lorsque l'esclave est resté commun jusqu'au décès du testateur, il est certain que du temps des jurisconsultes le legs appartenait exclusivement au *socius*, il s'opérait en sa faveur un *jus accrescendi* par suite duquel il devenait seul propriétaire de l'esclave. Il est indifférent qu'il n'acquière ce legs qu'au moment de l'adition, puisque le *dies cedit* du legs fait par un maître à son esclave ne se produit pas à une époque antérieure. Sous Justinien cette législation se trouve modifiée, car la loi 1, C: *De comm. serv. man.*, et le § 4, *De donationibus* aux Institutes, permettent à un seul des maîtres d'affranchir l'esclave commun, sauf indemnité pour le propriétaire. En définitive, le legs fait *cum libertate* est assimilé au legs fait au *servus proprius testatoris*, du reste, dans l'ancien droit, le même résultat se produisait lorsque avant la mort, le testateur était devenu l'unique propriétaire de l'esclave. On considérait le legs comme fait dès l'ori-

gine à l'esclave propre du testateur (L. 2, C. *De com. serv. man.*), pareille décision avait été admise en cas d'institution faite à un esclave commun acquis plus tard en totalité par le testateur (L. 6, § 3, D. *De hered. inst.* et Ulpien, *Reg.*, t. XXII, § 10). Lorsque le legs était fait à l'esclave commun *sine libertate*, le *socius* acquérait encore entièrement le legs, car si, dans cette hypothèse, il ne pouvait y avoir de *jus accrescendi* et si par conséquent la part du testateur passait à son héritier, ce dernier ne pouvait cependant acquérir pour partie un legs dont il était lui-même grevé. Ce legs équivalait donc à celui fait à un *servus alienus*. On pouvait dire alors avec Julien (L. 1, § 4, D. *De stip. serv.*) : « *Communis servus a duorum servorum personam sustinet.* »

Il va de soi que cette dernière décision ne saurait être admise et que le legs devrait être annulé dans le cas où le *socius* serait justement l'héritier institué, — car nous serions alors en présence d'un legs fait à l'esclave de l'héritier lequel est, nous le savons, prohibé par la loi Catonienne dont l'application ne pouvait être évitée que si le legs était fait sous condition. — Cette doctrine est exposée par Paul (L. 89, D. *De her. inst.*), lequel n'annule, toutefois, le legs pur et simple qu'autant qu'il a été laissé *sine libertate*, d'où on pouvait conclure, *a contrario*, qu'il serait valable s'il était fait *cum libertate*. — M. Machelard admet cette solution pour l'époque de Justinien, où un *dominus pro parte* peut donner la

liberté à un esclave commun, et lui faire ainsi utilement un legs, mais il la croit inapplicable à l'époque classique, et considère les mots *sine libertate* comme interpolés par les compilateurs qui ont voulu mettre le texte de Paul au courant de la législation de leur temps. A l'époque, en effet, où le concours de tous les maîtres était nécessaire pour l'affranchissement de l'esclave commun, l'affranchissement fait par un seul d'entre eux ne pouvait rendre libre le légataire.

CHAPITRE III.

CAUSES DE NULLITÉ DE CERTAINS ACTES DE DERNIÈRE VOLONTÉ ÉTRANGÈRES A LA RÈGLE CATONIENNE.

PREMIER CAS. — *Des institutions d'héritier.*

Faut-il appliquer la règle Catonienne aux institutions d'héritier? C'est là certainement une des questions les plus intéressantes et des plus controversées que soulève notre étude. Personne ne conteste qu'il faille appliquer aux institutions le principe : « Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis con-
« valescere »; la loi 210 (D. *De regulis juris*), l'indique en termes précis. Mais malgré le texte formel de la loi 3 (*De reg. Cat.*) : « Catoniana regula non
« pertinet ad hereditates », Cujas, Doneau et Pothier ont fait intervenir cette règle pour apprécier la validité d'une institution, et un éminent jurisconsulte contemporain, M. Demolombe, pense que si, en droit romain, la capacité de l'institué était exigée à l'époque de la confection du testament c'était là une conséquence particulière de la règle Catonienne (*Traité des donations*, t. I, n° 725).

Vainement la formule de la règle Catonienne se borne à faire mention des legs, vainement la loi 3 repousse l'interprétation de Cujas, notre grand jurisconsulte déclare ce texte altéré, et au mot *heredita-*

tes substitue le mot *libertates*. Aucun manuscrit ne vient prêter son autorité à cette correction; d'autre part le raisonnement de Cujas ne saurait être accepté; pour un affranchissement, dit-il, le *dies cedens* n'a lieu que *adita hereditate*, la liberté n'étant acquise qu'à ce moment. Aussi Papinien rapproche-t-il les affranchissements et les legs dont le *dies cedens* n'arrive que *post aditam hereditatem*; dans les deux cas, ajoute-t-il, la règle Catonienne doit donc être écartée.

Nous répondrons qu'il est inexact que pour les affranchissements testamentaires il y ait un *dies cedens* proprement dit, il importe peu que l'individu affranchi ne devienne libre qu'à l'addition d'hérédité. C'est un résultat semblable à celui qui se produit pour l'acquisition de la propriété d'une chose léguée *per vindicationem*, acquisition qui coïncide avec l'addition bien que le *dies cedens* ait lieu au moment du décès du testateur. — Les effets du *dies cedens* sont d'opérer la transmissibilité en faveur des héritiers du légataire, de déterminer le bénéficiaire du legs et les choses dont se compose la libéralité. — Or, aucun de ces effets ne résulte des affranchissements testamentaires qui étaient du reste soumis à des règles particulières et notamment n'étaient pas soumis au calcul de la Falcidie.

Le système que nous combattons s'appuie principalement sur la loi 4 (*De reg. Cat.*), empruntée à Ulpien: « Placet Catonis regulam ad conditionales

« institutiones non pertinere. » D'où nombre d'auteurs ont conclu par *a contrario* que la règle devait s'appliquer aux institutions pures et simples.

Le rapprochement de la loi 3 et de la loi 4 constituait donc une grave difficulté. Nous avons déjà vu Cujas la trancher en corrigeant la loi 3, où il substitue le mot *libertates* au mot *hereditates*. On a proposé également, toujours pour faire concorder la loi 3 avec le texte d'Ulpien, d'ajouter à la loi 3 *conditionales*. Cette correction ne repose non plus sur aucune raison sérieuse.

Accurse et Bartole ont interprété la loi 4 en ce sens que la règle Catonienne ne s'appliquerait pas aux legs purs et simples contenus dans une institution conditionnelle. Mais les textes abondent pour démontrer que les legs de cette sorte restent purs et simples.

Favre cite à l'appui la loi 107 (D. 35, t. 1), et la loi 1 D. 36, t. 2); mais le texte le plus décisif est la loi 21, § 1. (*eod. tit.*): « Si sub conditione quâ te heredem institui, sub eâ conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde hujus legati diem cedere, atque si purè relictum esset, quoniam certum esset, herede existente, debitum iri, neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc : Si heres erit, dato. »

Ne pouvant admettre aucune des solutions proposées pour faire disparaître l'antinomie de la loi 3 et de la loi 4 (*De reg. Cat.*). Favre (*Conjecturae*, lib. XII,

cap. XIX) se décide à croire que le mot *conditionales* a été ajouté par quelque ignorant interprète dans la loi 4. M. Machelard, dans son excellente étude sur la règle Catonienne, est plus disposé à admettre que « la loi 4 n'est qu'une transformation maladroite d'une proposition qui, appliquée en matière de legs dans un autre texte d'Ulpien (L. 41, § 2, D. *De legatis*, I), et énoncée d'une façon en apparence générale, est devenue sous la plume de Tribonien une règle concernant toutes les dispositions conditionnelles et par suite les institutions. »

En effet, dans le texte cité, Ulpien décide que la règle Catonienne ne met pas obstacle au legs conditionnel, *quia ad conditionalia Catoniana non pertinet*. Ce texte ne s'applique en réalité qu'aux legs, et eux seuls sont désignés dans ces mots *ad conditionalia*, mais il est probable que les compilateurs du Digeste, donnant un sens plus large à ces mots, auront, par suite de cette erreur, transformé la décision de la loi 41, § 2 (*De legatis*, I) en cette proposition de la loi 4 (D. *De reg. Cat.*) : « Placet Catonis « regulam ad conditionales institutiones non pertinere. » Il résulte donc de ce qui précède que la règle Catonienne n'a pas été introduite dans la législation romaine en vue des institutions d'héritier.

Quelques auteurs se basant sur ce que la validité des institutions devait être jugée d'après des principes conformes à ceux qui, pour les legs, avaient fait établir la règle Catonienne, en ont conclu qu'il

était indifférent d'appliquer ou non la règle Catonienne aux institutions. Il n'y aurait, disent-ils, aucun inconvénient à transporter aux institutions la formule de Caton en admettant que cette maxime : « Quæ heredis institutio, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutilis foret, eam, quando cunque decesserit non valere. » La règle de Caton ainsi formulée serait donc inutile. Nous repoussons cette théorie et nous pensons que, pour les institutions, le droit romain n'a admis que cette règle : « Quæ ab initio inutilis fuit institutio non potest convallescere, » qui ne doit pas être confondue avec la règle Catonienne. — La première règle, en effet, se contente d'un *initium* valable, et exige seulement que l'institution soit *ab initio* exempte de vice et conforme au droit. Elle laisse donc à l'interprétation le soin de décider quels sont les éléments constitutifs de l'*initium*. — La seconde, au contraire, met fin à toute discussion, en réduisant à une question de date l'appréciation de la validité d'un legs. — Nous allons citer deux exemples à l'appui de notre assertion.

Un père a omis dans son testament son fils en puissance, — il s'agissait de savoir quel serait alors le sort du testament. Les Sabinien se prononçaient pour la nullité, en se fondant sur ce que l'obligation pour le père d'instituer ou d'exhérer son fils rentrait dans ce qui constituait l'*initium*. Malgré le prédécès du fils, les Sabinien tenaient le testament pour nul par cette raison donnée ainsi par Gaius : « Scilicet quia

« statim ab initio non constiterit institutio. » Les Proculéiens faisaient, au contraire, la distinction suivante : si le fils survit au père, le testament sera nul, mais s'il prédécède il sera valable. Cette omission ne constituant pas à leurs yeux une nullité originaire « quia, » rapporte encore Gaius, « scilicet existimant « non statim ab initio inutiliter fieri testamentum « filio præterito. » Il est vrai que l'opinion sabinienne a été adoptée par Justinien, mais cela ne prouve pas qu'elle fût la meilleure, celle des Proculéiens était peut-être préférable puisqu'elle favorisait l'exercice du droit de tester. En résumé, les Sabinien s raisonnaient à l'égard des institutions comme à l'égard des legs, tandis que les Proculéiens repoussaient ce rapprochement ; et comme cette discussion se produisait à une époque où la règle Catonienne était rigoureusement appliquée précisément par les Proculéiens, nous devons en conclure que cette règle ne s'appliquait pas aux institutions. Un autre exemple peut être tiré d'une disposition célèbre de la loi *Elia Sentia*. On sait que cette loi prohibait les affranchissements faits par un débiteur insolvable et en fraude des droits de ses créanciers, — on permettait cependant, par exception, à un testateur, pour avoir un *heres necessarius*, d'affranchir un de ses esclaves, — mais s'il en avait affranchi plusieurs, le premier esclave institué était seul libre, et les autres affranchissements étaient sans valeur, puisqu'un seul affranchissement suffisait pour empêcher le testa-

teur, de mourir intestat; mais si le testateur, avant son décès, était devenu solvable, devait-on maintenir tous les affranchissements? L'affirmative doit être admise, parce que la défense faite par la loi *Ælia Sentia* à un débiteur d'affranchir ses esclaves présume un *eventus damni*, c'est-à-dire une insolvabilité qui, ici, n'existe pas. L. 18 pr., D. L. 4, t. 9. — Cette décision est conforme à la règle que nous avons déjà énoncée ci-dessus, à savoir qu'en matière d'institution il suffit qu'elle soit valable *ab initio* et conforme au droit. Si on admettait, au contraire « que toute institution, qui aurait été nulle en cas de mort immédiate doit rester inutile, » un seul esclave devait rester libre héritier.

DEUXIÈME CAS. — *De l'absence de « testamenti factio » chez le légataire.*

Même en matière de legs, toutes les fois que la nullité tient au défaut de *factio testamenti* chez la personne gratifiée, il ne faut pas régler le sort de la disposition d'après les distinctions que comporte la règle Catonienne. La généralité des termes du § 24 (Inst. *De legatis*), ne se prête pas, en effet, à une distinction entre les legs purs et simples et les legs conditionnels : « Legari illis solum potest eum quibus testamenti factio est. » D'autre part la loi 39, § 4, *De her. inst.*, applique la même règle aux institutions et aux legs. Cette solution a été cependant contestée et

on s'appuie pour la combattre sur la loi 62, pr., D. 28, t. 5 : « In tempus capiendæ hereditatis institui
« heredem posse, benevolentia est, veluti : « Lucius
« Titius, cum capere potuerit, heres esto. Idem
« et in legato, » et sur la loi 52 (D. *De legatis*, II).

Aujourd'hui on est d'accord pour n'appliquer ces deux lois qu'à l'absence du *jus capiendi* et non à celle de la *testamenti factio*. — Il n'y avait qu'un cas où on faisait abstraction de la *testamenti factio* pour valider une disposition testamentaire, c'est celui où elle s'adressait à un posthume externe.

Jusqu'à un sénatusconsulte d'Adrien rapporté par Gaius, II, 287, une telle disposition, nulle directement, était valable par fidéicommis.

Justinien, en faisant disparaître l'incapacité qui frappait le posthume externe, ne s'est pas inspiré de l'esprit de la règle Catonienne, puisque, en vertu de sa constitution, un legs pur et simple laissé à un posthume externe est aussi valable qu'un legs conditionnel.

TROISIÈME CAS. — *De la chose léguée qui doit être*
« *in commercio* ».

Il est également nécessaire que la chose léguée, même sous condition, se trouve *in commercio hominum* au moment de la confection du testament, sinon le legs sera nul, *nullius momenti legatum est* (§ 4, Inst. *De legatis*; voir Ulp., *Reg.*, t. 24, § 9). Il

en serait ainsi en matière de stipulation, lors même que les parties auraient stipulé une chose sous la condition qu'elle entrerait dans le commerce; les Romains ne trouvaient pas licite de supposer qu'un homme libre deviendrait esclave, qu'une chose sacrée tomberait dans le commerce; — rien ne nous autorise à croire que la règle ait été différente en matière de legs et que le legs conditionnel d'une chose *extra commercium* ait pu valoir dans certains cas; les textes en effet ne distinguent pas.

QUATRIÈME CAS. — *De la règle qui, dans l'ancien droit, en matière de legs per « vindicationem », exigeait que le testateur eût la propriété quiritaire au moment de la disposition.*

Est-ce par application de la règle de Caton qu'anciennement la chose léguée *per vindicationem* devait appartenir au testateur au moment de la confection du testament, ou bien s'agissait-il d'une nullité radicale que l'addition d'une condition n'aurait su couvrir? Quelques interprètes ont vu dans notre hypothèse une application de la règle Catonienne, mais aucune preuve ne vient confirmer cette solution; aussi sommes-nous assez portés à nous ranger à l'avis adopté par M. Accarias, et à considérer le legs comme radicalement nul, lors même qu'il serait conditionnel; les termes généraux employés par Gaius

(*Com.* II, § 196) et par Ulpien (*Reg.*, t. 24, § 7) ne semblent comporter aucune distinction.

A l'époque classique, cette question a beaucoup perdu de son intérêt, le sénatusconsulte Néronien ayant transformé en legs *per damnationem* le legs qui ne pouvait valoir comme legs *per vindicationem*, il ne devait donc plus y avoir de difficulté sur la validité du legs même pur et simple ; du moment que la chose léguée se trouvait dans le patrimoine du testateur au moment de son décès, le legs valait toujours au moins comme legs *per damnationem*.

CHAPITRE IV.

INFLUENCE DE LA RÈGLE CATONIENNE AUX DIFFÉRENTES ÉPOQUES DE LA LÉGISLATION ROMAINE.

Nous avons vu plus haut que des jurisconsultes avaient étendu à tort l'application de la règle Catonienne même aux institutions d'héritiers, mais d'un autre côté on a cherché à restreindre la portée de cette règle; — ainsi des commentateurs distingués ont soutenu que le jeu de la règle Catonienne avait été, en général, supprimé à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien, et, en sens inverse, de nos jours, beaucoup d'auteurs ont prétendu que l'assimilation établie par Justinien entre les fidécummis et les legs avait fait disparaître pour ces derniers la règle Catonienne. Nous allons donc étudier successivement ces deux questions si importantes.

§ 1^{er}. — *Doit-on décider que la règle Catonienne a été, en général, supprimée par les lois caducaires jusqu'à Justinien.*

L'affirmative a été soutenue par Cujas et Pothier qui basent leur opinion sur la loi 3, D. *De reg.*, 4, rapprochée de la loi 5 du même titre. D'après la loi 3, disent-ils, la règle Catonienne ne se réfère pas

au legs dont le *dies cedens* n'a pas lieu au moment du décès du testateur ; or, depuis la loi Papia, même pour les legs purs et simples, le *dies cedens* n'a lieu que *ex apertis tabulis testamenti*, dès lors, il n'y a aucun legs dont le *dies cedit* se place au moment du décès. Cette innovation aurait donc été ainsi formulée dans la loi 5 : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet* ; mais cette interprétation n'a pas prévalu, on admet généralement aujourd'hui qu'Ulpien, dans cette loi 5, a fait allusion aux incapacités édictées par la loi *Julia* contre les *cælibes*, par la loi Papia à l'égard des *orbi* et par la loi *Junia Norbana* pour les Latins juniens. Ces incapacités ne s'opposaient pas à ce que ceux qu'elles atteignaient au moment du testament puissent recevoir des legs. Pour statuer sur le sort de ces legs, il fallait voir si les légataires avaient acquis le *jus capiendi* au moment du décès du testateur ou même avant l'expiration du délai de cent jours après le testament.

S'il fallait admettre l'interprétation donnée par Cujas, Pothier et tant d'autres commentateurs, on ne s'expliquerait pas comment le principe posé par Caton resterait indiqué dans les textes comme règle de droit commun, tandis qu'il ne serait plus appliqué qu'exceptionnellement ; car en principe le *dies cedens* se plaçait au moment de l'*apertura tabularum* et il ne se plaçait *mortis tempore* que dans deux cas seulement : quand le testateur avait institué un héritier nécessaire, ou que l'héritier, même

volontaire, avait été institué *ex asse* (L. 1, § 4, D. 22, t. 6).

Paul nous apprend d'ailleurs (*Sent.*, L. 4, t. 6, § 3), que l'*apertura tabularum* n'avait jamais lieu plus de trois ou de cinq jours après la mort du testateur; il est donc presque certain qu'on ne s'arrêta pas à ce léger retard et que l'on continua à faire la distinction des legs dont le *dies cedens* est voisin de la mort du testateur et de ceux dont le *dies cedens* est bien postérieur, et se place seulement à l'époque où l'héritier fait addition; cette opposition entre le *tempus mortis* et le *tempus aditæ hereditatis* est même reproduite dans les textes (L. 3, D. 34, t. 7, et L. 5, § 1, D. 36, t. 2).

§ 2. — *Si l'abrogation de la règle Catonienne ne résulte pas des lois caducaires, n'est-elle pas, au moins, l'œuvre de Justinien?*

Un grand nombre d'auteurs contemporains tiennent pour l'affirmative.

Suivant eux, Justinien aurait implicitement abrogé la règle Catonienne par l'assimilation des fidéicommiss aux legs; et pour appuyer leur système, ils affirment qu'antérieurement à Justinien rien n'indique que notre règle se fût appliquée aux fidéicommiss. Se fondant alors sur l'innovation introduite par la constitution de 531 : « Quod deest legatis, hoc repletur
« ex naturâ fideicommissorum, et si quid amplius
« est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura »

(Inst. § 3, *De legatis* ; voir L. 2, C. 6, t. 43), ils prétendent que Justinien, en décidant que les legs, qui ne pourraient valoir par suite d'une nullité spéciale aux legs, vaudraient cependant s'ils se trouvaient dans les conditions requises pour la validité des fidéicommiss, a par là-même révoqué la règle Catonienne qui ne faisait obstacle qu'à la validité des legs.

Cette doctrine a été justement combattue par M. Machelard. Il est, en effet, bien difficile de l'admettre lorsqu'on voit un titre entier du Digeste consacré à la règle Catonienne et lorsque les Institutes déterminent les effets de cette règle ; les rédacteurs ont même eu le soin de faire disparaître tout ce qui avait trait au fils de famille que les anciens jurisconsultes assimilaient à l'esclave ; il n'est donc pas admissible qu'ils se soient efforcés de déterminer les effets de cette règle dans le dernier état du droit, sans s'être rappelé qu'elle était devenue complètement inapplicable.

Le système que nous rejetons s'appuie sur les §§ 1 et 5 (L. 1, D. *De legatis*, III).

Ulpien suppose, dans le § 1, qu'un fils de famille a fait un fidéicommiss, et il annule en principe la disposition, mais il déclare qu'elle sera valable cependant si le disposant décède *sui juris*, à cette seule condition qu'il ait persévéré dans son projet de libéralité. Dans le § 5, il est question d'un déporté qui avait fait des fidéicommiss codicillaires ; Ulpien en

admet la validité, pourvu que le déporté, restitué *in integrum* par l'empereur, ait persévéré dans son intention. On a tiré de ces textes cette conséquence erronée que la règle Catonienne ne s'appliquait pas aux fidéicommiss, mais on n'a pas songé que les décisions de la loi 1 ne concernent que la *factio testamenti* active, étrangère à la règle de Caton.

On invoque également en faveur de cette opinion la loi 7, pr. (D. *De legatis*, III), qui attribue au fisc le fidéicommiss fait à l'esclave d'un déporté, à moins que le maître n'ait été restitué avant la mort du disposant; cas auquel la disposition serait recueillie par le maître. Pour bien saisir l'espèce de cette loi, il faut se rappeler que du temps des jurisconsultes, un legs était nul lorsqu'il était fait au profit d'un esclave dont le maître n'avait pas la *testamenti factio*, tandis que le fidéicommiss laissé à un *peregrinus*, et par conséquent à un de ses esclaves, fut valable jusqu'à un sénatusconsulte rendu sous Adrien (Gaius, 11-285) lequel n'annula pas ce fidéicommiss mais décida qu'il serait attribué au fisc. Remarquons qu'on s'occupe dans ce texte de la *testamenti factio* passive laquelle est étrangère à la règle Catonienne.

Mais si, de l'examen de ces quelques lois, qui n'apportent aucun appui sérieux à l'opinion des jurisconsultes qui enseignent que Justinien a abrogé la règle Catonienne le jour où il a assimilé les fidéicommiss aux legs, nous passons aux textes formels qui établissent qu'en tout temps, avant Justinien

comme depuis, notre règle a régi les fidéicommiss; il nous sera impossible de comprendre comment des jurisconsultes sérieux ont pu soutenir : 1° que jamais la règle établie par Caton ne s'est appliquée aux fidéicommiss; 2° qu'à partir de Justinien, elle ne s'applique même plus aux legs. Nous savons que l'esclave de l'institué ne peut être légataire pur et simple, eh bien! Ulpien dans la loi 8, § 4 (D. *De leg.*, III) admet la même décision pour le fidéicommiss laissé à l'esclave de l'héritier : « Servo heredis fidei-
« commissum non relinquitur. »

D'après Mæcianus (L. 30, § 8, D. *Ad leg. Falcid.*), les legs ou fidéicommiss dont est gratifié l'esclave de l'institué ne doivent pas entrer en compte pour le calcul de la Falcidie, à moins, dit ce jurisconsulte, qu'il ne s'agisse de legs ou de fidéicommiss laissés *in diem incertum* (1), car alors, on est en présence de dispositions conditionnelles : « Dies incertus in
« testamento facit conditionem. » (L. 75, D. *De cond. et dem.*). — Le fidéicommiss ainsi que le legs échapperont à la règle Catonienne et on évaluera leur montant pour les faire entrer éventuellement dans le calcul de la Falcidie, mais ils n'entreront définitivement en ligne de compte pour la fixation de ce calcul que si l'esclave est devenu libre ou a changé de maître au moment du *dies cedens*. C'est ce que

(1) Cujas (*Observ.*, lib. XIV, cap. X) propose de lire *in diem incertum* au lieu de *in diem certum*, et c'est avec raison, puisque les legs *in diem certum* sont traités comme legs purs et simples.

Mæcianus décide dans la même loi, en ces termes :
« Nam, si libertatis dies cœperit cedere, et debebuntur et in contributionem venient. »

Dans cette même loi 30, Mæcianus s'occupe aussi du cas où des legs ou fidéicommiss sont laissés par un testateur à ses esclaves, pour déclarer que les uns et les autres sont nuls s'ils ont été faits *sine libertate* (loi 4, C. *De legatis*).

Enfin nous pouvons citer la loi 13, C. *De leg.*, qui déclare non douteuse la nullité du fidéicommiss ayant pour objet la chose du fidéicommissaire, aussi bien que celle du legs portant sur la chose du légataire, pourvu, bien entendu, qu'il s'agisse de dispositions pures et simples, les seules que puisse atteindre la règle Catonienne.

Ainsi de nombreux textes mettent sur la même ligne les fidéicommiss et les legs, au point de vue de la règle Catonienne, dès lors l'opinion de ceux qui admettent que Justinien, en assimilant les legs aux fidéicommiss, a implicitement rejeté cette règle pour les legs, manque complètement de base.

CHAPITRE V.

DE LA RÈGLE CATONIENNE DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT,
DANS LES PAYS DE DROIT COUTUMIER ET SOUS LA LÉGIS-
LATION ACTUELLE.

Nous venons de voir que la règle Catonienne était restée en vigueur dans le droit de Justinien, et qu'elle avait continué à régir les legs et les fidéicommiss dont le *dies cedens* était contemporain du décès du testateur. Il nous reste à examiner ce qu'est devenue cette règle dans les provinces de droit écrit, dans les pays coutumiers et sous la législation actuelle. Le droit écrit et le droit coutumier ayant co-existé en France jusqu'à la Révolution, nous verrons d'abord quel a été le sort de notre règle dans ces deux sources si importantes de notre ancienne législation et, ensuite, celui qu'elle doit avoir dans le droit actuel.

§ 1^{er}. — *De la règle Catonienne dans les pays de droit écrit et dans les pays de droit coutumier.*

Notre tâche sera courte en raison du silence des auteurs sur la question. On s'explique facilement ce silence, quand on sait que les juriscônsultes même les plus distingués ont tous, jusqu'à nos jours, déclaré que la question de savoir si le légataire devait être capable de recevoir *tempore testamenti* dépendait de la solution à donner à cette autre :

faut-il admettre ou rejeter la règle Catonienne ? Or il a été démontré plus haut que ce point était tout-à-fait en dehors du domaine de cette règle.

Mais, quand on considère que la plupart des applications spéciales à la règle Catonienne avaient dû disparaître, que surtout l'abolition de l'esclavage avait supprimé le cas où notre règle se présentait le plus fréquemment, on s'explique facilement que les auteurs ne se soient guère occupés que d'examiner si, à l'époque où ils écrivaient, le droit en vigueur exigeait la capacité chez le légataire dès l'époque de la confection du testament; telle est en effet leur unique préoccupation.

Ainsi nous voyons Furgole (*Testaments*, ch. VI, § 41), commettant la même erreur que tous ses contemporains; appliquer la règle Catonienne à l'hypothèse où le légataire était incapable lors de la confection du testament. « La règle Catonienne, dit-il, veut que le legs qui ne serait pas bon, si le testateur venait à décéder immédiatement après avoir testé, ne puisse pas être rendu valable *tractu temporis* (L. 1, D. *De reg. Cat.*). Or, le legs fait à une personne incapable lors du testament serait nul à cause de l'incapacité du légataire, et par conséquent la capacité est requise au temps du testament. » Poursuivant le développement de la même idée, Furgole applique au principe qui exige la capacité chez le légataire *testamenti tempore* toutes les exceptions que comporte la règle de Caton, et affran-

chit de la nullité, par exemple les legs conditionnels qui s'adressent à une personne incapable lors du testament.

Cependant, au milieu de la confusion qui règne sur notre matière, les raisons données par les auteurs, la généralité des termes qu'ils emploient, indiquent bien qu'ils considéraient la règle Catonienne comme étant parmi eux en pleine vigueur. Elle était, il est vrai, confondue avec un principe différent d'elle, mais elle avait survécu dans ses applications possibles.

D'ailleurs, ce qui achève de démontrer la persistance de la règle dans les pays régis par le droit romain, c'est ce passage de Furgole, qui écrivait dans un pays de droit écrit, et qui, après avoir longuement parlé de la règle de Caton, ajoute comme par *a contrario* : « Dans les pays coutumiers, on n'observe point la règle Catonienne. C'est l'opinion commune du Palais et l'usage du Parlement de Paris, comme l'observent Ferrières et Ricard. »

Ainsi, aucun doute pour les provinces de droit écrit ; quant aux pays régis par la coutume, il ne faudrait pas prendre comme une vérité incontestable l'assertion de Furgole, Ferrières hésitait à se prononcer ; en présence des raisons tirées du droit romain, il se demandait s'il ne fallait pas exiger la capacité chez le légataire *testamenti tempore* (Coutume de Paris, art. 292, tit. 14 ; glose 2^e, §§ 69 et suiv.). Mais comme on le voit, il tombait dans l'uni-

verselle confusion des auteurs sur notre matière. Ricard, au contraire, se prononce très énergiquement dans le sens de l'abrogation de la règle Catonienne. « Comme nous ne sommes pas attachés, dit-il, à la disposition du droit (romain) par une nécessité absolue, mais seulement en tant qu'on le trouve juste et raisonnable, il est bien à propos que nous en laissions la rigueur pour en prendre l'équité et la raison, suivant même la pensée des jurisconsultes ; si, pour abolir, autant qu'il était en leur pouvoir, la règle de Caton, on estime qu'elle ne devait avoir lieu que pour l'ancien droit, et non pas à l'égard du nouveau, combien avons-nous plus de raison de ne la point admettre du tout dans notre jurisprudence, puisqu'elle est absolument séparée de lui, et beaucoup plus que le nouveau droit n'était distinct de l'ancien. » (*Donations*, part. I, § 830). Mais ici encore nous retrouvons l'erreur commise par les jurisconsultes ; Ricard ne s'inquiète que de savoir si la capacité du légataire est nécessaire lors de la confection du testament. Il admet la négative, et cela se conçoit du moment qu'on en était venu avec Justinien à admettre qu'un legs fait à un *postumus* même *alienus* était valable, et qu'on n'exigeait plus, dans certains cas, que la personne gratifiée existât au moment du testament ; il devenait dès lors illogique d'exiger la capacité du légataire à l'époque de la disposition.

Tout cela semble indiquer que la règle Catonienne

était inapplicable en droit coutumier ; cependant, jusqu'ici nous n'avons vu les auteurs l'écarter que dans des hypothèses auxquelles, en réalité, elle était étrangère. Le droit coutumier avait abdiqué le principe : *Quod initio*, etc., en ce qui concernait la capacité du légataire, mais il n'en était pas de même dans les cas qui rentraient effectivement dans la classe de ceux soumis par le droit romain à notre règle. Pothier, qui pourtant, dans le droit coutumier, rejetait, comme la plupart des auteurs, l'application du principe : *Quod initio*, etc., au point de vue de la capacité du légataire (*Introduction au Titre XVI de la Coutume d'Orléans*, n° 41), n'hésite pas à appliquer la règle Catonienne au legs fait à une personne, de la chose qui lui appartient (*Donations testamentaires*, ch. IV, art. 1, § 3).

Ainsi, même dans les pays de droit coutumier, Pothier regarde la règle Catonienne comme encore en vigueur. Mais alors comment a-t-on pu soutenir que le droit coutumier repoussait l'application de cette règle ? C'est qu'apparemment les jurisconsultes ne songeaient qu'à la question de capacité du légataire à l'époque du testament, et qu'ils s'écartaient sur ce point de la rigueur du droit romain, mais aucun d'eux ne nous paraît avoir prévu comme Pothier, une véritable application de la règle de Caton. Nous pouvons donc, sous l'autorité de ce grand jurisconsulte, affirmer que la règle Catonienne, aussi bien dans les provinces régies par la coutume

que dans celles où le droit romain avait conservé son empire, était restée en vigueur dans ses applications encore possibles.

§ 2. — *De la règle Catonienne sous la législation actuelle.*

La confusion que nous venons de signaler dans l'ancien droit s'est reproduite sous la législation actuelle. Presque tous les auteurs modernes, en effet, se basant sur les termes de l'art. 906 du Code civil, soutiennent que la capacité du légataire ne doit être exigée qu'au moment du décès du testateur ; et la plupart d'entre eux font remarquer que s'il en était autrement en droit romain il fallait l'attribuer à la règle Catonienne que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu admettre (V. Demolombe, t. I, n° 715, p. 724, *Traité des donations*; Merlin, *Rép. lég.*, § 3; Toullier, t. V, n° 90, etc.).

La Cour de cassation paraît cependant vouloir suivre les traditions du droit écrit, car dans un arrêt du 27 novembre 1848 elle a décidé formellement que la capacité du légataire doit exister même au moment de la confection du testament.

Voyons donc maintenant ce qu'il faudrait décider en présence d'une hypothèse véritablement visée par la règle de Caton. — Faudrait-il se prononcer pour la nullité du legs ? — Nous ne le croyons pas, car, suivant ce que nous avons dit au commencement de cette étude, cette règle ne nous paraît pas rai-

sonnable ; elle ne répond pas en effet aux intentions probables du testateur qui a entendu disposer pour l'avenir et non pour le présent. Si donc l'obstacle à l'exécution du legs a disparu au jour du décès du testateur, il nous paraît juste de respecter les intentions de ce dernier.

Cette question n'a jamais été agitée par les auteurs et, nous croyons pouvoir ajouter, même par la jurisprudence ; mais ce silence tient certainement à ce que, dans la pratique, les cas prévus par la règle Catonienne et encore possibles, doivent se présenter bien rarement.

DROIT FRANÇAIS

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS
LES ACTES A TITRE GRATUIT

INTRODUCTION.

DE LA FACULTÉ DE DISPOSER A TITRE GRATUIT.

« Uti legassit quisque de suâ re, ita jus esto. »
(Nov. 22, Cap. 2). '.

« On a beaucoup dit et toujours avec raison, écrit Troplong (1), que la France est amoureuse de l'égalité. Mais on n'a pas assez remarqué combien elle est passionnée pour la liberté civile. »

Le Français a puisé dans ses origines un besoin irrésistible et tenace de souveraineté sur lui-même et sur sa propriété.

C'est l'un des droits les plus chers à sa nature et

(1) Troplong, *Donations et Testaments*, préface, page III.

à son caractère. Le plus grand comme le plus petit ne prétend relever que de Dieu seul, quant à sa famille et à son bien, sauf la loi et le droit d'autrui. Parfois superficiel et léger, mais essentiellement pratique au fond quand il s'agit de ses intérêts, le riche propriétaire avec ses immenses domaines, comme le simple paysan avec sa modeste parcelle de terre, peut-être même ce dernier plus que tout autre, tient à sa chose et veut en disposer comme bon lui semble.

C'est que le droit de propriété paraît avec tant d'évidence dériver du droit naturel, qu'on s'étonne que certains auteurs aient pensé en trouver l'origine dans un prétendu contrat social.

Quoi qu'il en soit de cette question, il est incontestable que le droit de propriété entraîne naturellement et nécessairement celui de disposer de sa chose librement. Et la conséquence la plus noble pour l'homme de la propriété libre et de l'autorité de la volonté individuelle, c'est la faculté de disposer à titre gratuit.

Posée en principe par la plupart des auteurs, cette proposition n'a jamais été sérieusement contestée en ce qui concerne la donation entre-vifs. « Nihil enim
« tam conveniens est *naturali æquitati*, quam vo-
« luntatem domini volentis rem suam in alium trans-
« ferre, ratam haberi. » Inst., *De rer. divis.*, § 2, 1,
40 ; Gaius, L. 9, § 3, ff. *De adquir. rer. dom.*

Relativement aux testaments, au contraire, elle a été l'objet d'attaques nombreuses, même de la part

de quelques-uns de ceux qui reconnaissent au droit naturel l'origine du droit de propriété (1).

Toujours est-il que malgré l'opposition formée au principe de la légitimité du testament, ce mode de disposer a été admis par le législateur qui n'a pas craint de donner à la volonté libre de l'homme toute l'extension dont elle était susceptible dans les dispositions à titre gratuit de ses biens : « Testandi causa » de pecunia sua legibus certis facultas est permissa » (L. 13, C. *De test.*) (2).

L'art. 711 du Code civil dit que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, » par donation entre-vifs ou testamentaire et par

(1) Plaidoyer de M. l'avocat général Gilbert des Voisins dans l'affaire de Pommereuil, *Rép. de Merlin*, v^o *Testament*, sect. II, § 4, art. 2.

(2) On peut voir sur ce sujet Gravina, *De origine juris*, 2, 40. — Vinnius sur les Instit. *De test. ord.* — Doneau, *Code De testam.*, n^o 7. — Barbeyrac sur Puffendorff, t. I, n^o 661 note. — Burlamaqui, 4, 9, 12. — Furgole, *Test.*, chap. I, n^o 30. — Bayle-Mouillard sur Grenier, *Discours préliminaire*, t. I, page 30. — Laferrière, *Revue du droit franç. et étrang.*, t. VI, p. 517 et suiv. — Troplong, *Des donat. et test.*, t. I, chap. I, n^{os} 12 et suiv. — *Contrà* : Puffendorff, liv. IV, chap. X, § 4. — Bynckershoeck, *Observ. juris romani*, lib. 2, c. 2. — Voir auteurs cités par Hilliger sur Doneau, Com. 64, note 1. — Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 27, chap. I. — Rousseau, *Contrat social*. — Merlin, *Répert.*, v^o *Testament* et aussi v^o *Occupation*. — Toullier, t. V, n^o 343. — Proudhon, *Usufruit*, t. II, n^o 802. — Grenier, *Discours préliminaire des Donations et Testaments*, t. I, p. 30.

On connaît les paroles de Mirabeau mourant à Talleyrand en lui remettant son discours contre la liberté de tester : « Il sera plaisant, disait-il, d'entendre parler contre le testament un homme qui n'est plus et qui vient de faire le sien. » (M. Thiers, *Révolution française*, t. I, p. 302). Quel démenti ironique mais formel dans ce dernier soupir du grand orateur ! (expression de Talleyrand, *Histoire parlementaire*, t. IX, p. 285).

« l'effet des obligations, » assurant ainsi, « comme le
« dit encore Troplong avec enthousiasme, à la seule
« parole de l'homme la puissance de transférer la
« propriété, et à un simple écrit olographe le droit
« d'en disposer au delà-du tombeau (1). »

Nous ne nous arrêterons pas à rechercher l'origine des donations et testaments. C'est un point qui a été déjà traité par nombre d'auteurs et qui nous entraînerait trop loin.

Qu'il nous suffise d'observer que les testaments ont toujours été l'objet de plus d'attaques que les donations et que celles-ci, précédant les premiers, semblent remonter à l'origine de la société (2).

(1) Troplong, *Des donat. et test.*, t. I, préface, page V.

(2) « Si nous cherchons l'origine des donations, dit Ricard, 1^{re} partie, chap. I, n° 3, et des testaments, les histoires nous apprendront que celles-là ont pris leur commencement avec la société des hommes, qui ne se sont pas plutôt fréquentés, qu'ils ont cherché les moyens, par des libéralités et des présents réciproques, de s'entretenir en amitié.

Mais les testaments n'ont été introduits que dans le progrès de la vie civile. Ils ont eu pour motifs deux considérations principales : l'une, l'accroissement de l'ambition des hommes qui se sont enfin portés jusqu'à ce point, que de vouloir étendre leurs jours et leur mémoire en ce monde au-delà des limites que la nature leur a prescrites ; et l'autre a eu pour cause les inconvénients particuliers qui se sont rencontrés dans l'exécution des donations entre-vifs ; étant arrivé souvent que des donateurs se sont eux-mêmes repentis des bienfaits qu'ils avaient exercés pendant leur vie, soit en conséquence du changement qui était survenu dans leurs affaires, ou pour l'ingratitude des donataires. C'est ce qui a fait donner ce sage conseil à l'*Ecclésiastique* au chapitre XXXIII dans son livre : « Audite me, « Magnes et omnes Populi, filio, mulieri, fratri et amico non des po-
« testatem super te in vitâ tuâ, et non dederis alii possessionem
« tuam, ne forte pœniteat te ; in die consummationis dierum vitæ
« tuæ, et in tempore exitus tui, distribue hereditatem tuam. »

L'homme, né sociable, avait par là même un besoin inné de bienfaisance pour son semblable, et, aussi docile à la voix de la libéralité, que soigneux de la conservation de ses biens, il s'est senti spontanément porté à mettre à exécution les actes auxquels le poussait son inclination naturelle. Car il est bien à remarquer que la nature et l'essence mêmes de la disposition à titre gratuit, quelle que soit la forme qu'elle revête, sont la spontanéité, la liberté absolue de volonté. La bienfaisance est discrétionnaire ; elle n'impose à l'homme aucune obligation. C'est une disposition qui n'a pas comme corrélatif un devoir et un droit, le cœur seul la fait naître. C'est le désir d'être utile ou agréable qui la détermine, c'est cette bonté toute pleine de désintéressement qui en fait le charme, c'est le dépouillement sans compensation, sans équivalent qui en forme tout le mérite. Le sentiment s'y trouve le principal moteur, et l'affection, l'amitié, la tendresse, l'amour, parfois, par *a contrario* la colère ou la haine, en un mot toutes les passions de l'homme, se trouvent intimement liées à la disposition à titre gratuit, si bien qu'on a pu dire, à l'exemple de Buffon pour le style, « le testament c'est l'homme même ». Son étude pourrait, en effet, souvent, mieux que toute autre, nous faire connaître le caractère de son auteur par les sentiments qu'il exhale.

Expression de la volonté libre de l'homme, voudrait-on que le testament fut toujours sensé lorsque

l'homme est souvent peu raisonnable ! Non sans doute, et bien que l'idéal eut été de laisser l'homme absolument libre de disposer de ses biens quand et de la manière qu'il veut, c'est précisément à cause des écarts nombreux et profonds auxquels la liberté de tester est sujette, que la loi a dû intervenir pour en régler équitablement la forme et le fond.

Et d'abord, dit l'art. 893 du Code civil : « On ne
« pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par
« donation entre-vifs ou par testament, dans les
« formes ci-après établies. »

Donc abrogation des modes multiples de dispositions admises suivant les époques, donations à cause de mort, démission de biens, etc.

« La distinction des dispositions de dernière vo-
« lonté en testaments ou donations à cause de mort
« ne subsistera plus, a dit le tribun Jaubert, on ne
« reconnaîtra qu'une seule espèce de dispositions
« de dernière volonté, elles s'appelleront testa-
« ments (1). » Encore le législateur y apporte-t-il de nombreuses restrictions.

Pleine de séduction par le cachet de désintéressement qui la produit, la disposition à titre gratuit, trouvait soit dans la fierté de l'homme, toujours glorieux de montrer ce sentiment, soit dans la bonté naturelle qui le porte à se dépouiller au profit des autres, soit encore dans les obsessions de toutes

(1) Jaubert, *Rapport au Tribunat*, n° 4. — Locré, t. V, p. 344.

sortes dont est parfois entourée la volonté affaiblie d'un mourant, de nombreux et continuels dangers qui devaient attirer l'attention et la sollicitude du législateur. Aussi, intervient-il dans l'intérêt du disposant d'abord : « Nec ullorum magis interest quam ipsorum (1) ! » puis dans l'intérêt de ses parents et de sa famille, enfin dans l'intérêt général de la société. De là les règles sur les formalités solennelles de la donation entre-vifs et du testament, sur la capacité de disposer et de recevoir ; de là également les règles de la réserve, de là aussi les prohibitions relatives aux substitutions.

« Pour se former une juste idée de la puissance et du pouvoir d'un testateur, dit Furgole que nous ne saurions trop citer en la matière, il faut le considérer comme une espèce de souverain que la loi place au milieu de sa famille, pour la régler et lui faire la loi, suivant sa volonté, dirigée néanmoins par la raison et la loi publique ; car, comme la puissance du souverain dans ses États est resserrée dans les bornes de la raison et des lois fondamentales de l'État qui lui ont transféré son pouvoir, de même la puissance du testateur est resserrée dans les mêmes bornes de la raison, de l'honnêteté, des bonnes mœurs, du droit civil ou prétorien, et de la loi qui a communiqué au testateur toute la puissance qu'il a le droit d'exercer.

(1) Inst., *De milit. testam.*, § 1.

« Si quis scripserit testamento fieri quod contrà jus
« est, vel bonos mores, non valet; veluti si quis
« scripserit contrà legem aliquid, vel contrà edictum
« prætoris, vel etiam turpe aliquid. » (L. 412, § 3,
ff. *De leg.*, 1).

Ainsi donc liberté absolue de la volonté du testateur, sauf les prohibitions apportées par la loi dans l'intérêt de l'ordre public.

Et « la conséquence la plus naturelle du pouvoir
« accordé par la loi au testateur de régler ses dispositions selon sa volonté est, ajoute, M. A. T. Desquirois (1), la liberté qu'il a d'y apposer les conditions qu'il juge convenables, à l'exception de celles qui sont réputées impossibles, réprouvées ou rejetées par la loi. » C'est en d'autres termes le principe posé par le législateur dans l'art. 900 :

« Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites. »

Article si intimement lié au sujet que nous allons traiter, qu'il nous est impossible de l'indiquer sans nous y arrêter quelques instants et en dresser à larges traits et brièvement l'historique.

(1) *Nouveau Furgole*, t. I, page 339.

DES CONDITIONS IMPOSSIBLES OU CONTRAIRES AUX LOIS OU
AUX MŒURS.

C'est chez les jurisconsultes romains que nous voyons s'élever d'abord la question de savoir quel doit être le sort d'une libéralité faite sous une condition impossible, illicite ou immorale.

Mais, en droit romain, une distinction très catégorique existait à ce point de vue entre les donations et les testaments.

Pour ces premières, qui se forment par le consentement mutuel des parties, il n'y avait parmi les jurisconsultes aucune dissidence, ils s'accordaient à leur appliquer les règles admises pour les conventions à titre onéreux, ils annulaient entièrement comme n'ayant pas d'existence « *nullius momenti esse* » la donation faite sous une condition de ce genre comme ils le faisaient pour le contrat à titre onéreux (1).

Toutefois il faut remarquer que dans l'application du principe, on observait encore une distinction entre les conditions impossibles affirmatives et les conditions impossibles négatives, entre celles qui consistent à faire, *in faciendo* : *Si cœlum digito tetigeris*, et celles qui consistent à ne pas faire, *in non faciendo*... *Si cœlum digito non tetigeris*. Les premières étaient nulles et entraînaient la nullité de

(1) L. 31, ff. *De obligat. et act.* ; L. 137, § 6, ff. *De verb. oblig.* ; L. 3, ff. *De cond. et demonstr.* ; Inst., § 40, *De hæred. inst.*

la donation, les seconds étaient valables et la donation était considérée comme pure et simple (1).

Pour les seconds, œuvre de la seule volonté du testateur, il y avait division absolue entre les deux écoles célèbres des jurisconsultes romains sur le point de savoir quel devait être le sort de la condition impossible ou illicite apposée à un testament.

Les Proculéiens voulaient qu'on appliquât au testament la même règle qu'aux donations ou aux conventions en général, et que le legs, fait sous une condition de ce genre, fut déclaré nul comme la condition qui y était apposée, à moins toutefois qu'il ne se soit agi d'une condition impossible négative, *in non faciundo*, comme nous l'avons dit ci-dessus (2).

Les Sabinien au contraire prétendaient que la nullité de la condition ne devait pas entraîner la nullité du testament; que, fut-elle conçue *in faciundo*, la condition de ce genre devait être simplement déclarée non écrite et pas suite ils optaient pour l'exécution pure et simple du testament : *ac si ea conditio adjecta non esset* (3).

C'est cette dernière opinion qui l'emporta : « Obti-
« nuit impossibles conditions testamento adscriptas
« pro nullis habendas (4). »

(1) L. 7, ff. *De verb. oblig.*

(2) L. 30, ff. 1, ff. *De hæred. instit.*

(3) Gaius, *Inst.*, Comm. III, § 98.

(4) L. 3, ff. *De cond. et demonst.*; L. 1 et 14, ff. *De cond. instit. Instit. De hæred. instituend.*, § 10.

Le même principe, avec la même distinction entre les donations et les testaments, se perpétua dans notre ancien droit et les règles admises par les Sabinien continuent à recevoir leur application tant dans les provinces coutumières que dans celles régies par le droit romain ou provinces de droit écrit (1).

C'est à la législation intermédiaire, à la tourmente révolutionnaire qui marqua si profondément la fin du XVIII^e siècle, qu'est dû le changement considérable opéré dans la matière : l'abrogation de la distinction établie par la législation romaine.

Conservant le principe admis pour les testaments, le législateur l'étendit aux donations par la loi des 5-12 septembre 1791, relative *aux clauses impératives ou prohibitives insérées dans les testaments, donations et autres actes*.

Voici en quels termes s'exprime cette loi célèbre :

« Toute clause impérative ou prohibitive, qui se-
« rait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui
« porterait atteinte à la liberté religieuse du *donat-*
« *aire, héritier ou légataire*, qui gênerait la liberté
« qu'il a, soit de se marier même avec une telle per-
« sonne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profes-
« sion, ou qui tendrait à le détourner de remplir les
« devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées

(1) Ricard, *Des disposit. condit.*, traité II, chap. V, section 2, nos 223-227 ; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. VII, p. 82, n° 44 ; Pothier, *Introduction au titre XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 64.

« par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles
« est réputée non écrite. »

Les lois des 5 brumaire (art. 1) et 17 nivôse (article 12) an II, répétèrent cette déclaration et ajoutèrent aux conditions prosrites celle *de ne pas se remarier*; elles donnèrent même un effet rétroactif aux lois précédentes, en appliquant la prohibition *aux actes passés même avant la loi du 5 septembre 1791*.

Mais cet effet rétroactif fut abrogé par la loi du 9 fructidor an III.

Ainsi donc se trouvait supprimée la vieille distinction entre la donation et le testament, la loi s'appliquait aussi bien *au donataire* qu'à *l'héritier institué et au légataire*.

Toutefois il est à remarquer que les lois nouvelles ne visant que les conditions illicites ou immorales, en un mot, les conditions impossibles légalement, il en résultait que l'ancienne distinction subsistait pour les conditions impossibles naturellement.

Et la différence que nous signalons venait de ce que la pensée dirigeante des lois en question était inspirée par des considérations politiques.

Il ne s'agissait pas, pour le législateur, de rechercher la règle la meilleure en droit, la plus conforme à la volonté du testateur, il fallait trouver le moyen de briser les volontés rebelles au nouvel état de choses et de dompter les esprits hostiles au nouvel ordre social naissant.

C'est ce dont il est facile de se convaincre en relisant la motion d'ordre sur laquelle a été votée la loi du 5 septembre 1791 :

« C'est le moyen, y était-il dit, d'arrêter les effets
« malheureux de l'intolérance civile et religieuse ;
« c'est le besoin de poser de justes bornes aux pré-
« jugés et au despotisme de quelques citoyens, qui,
« ne pouvant se plier aux principes de l'égalité poli-
« tique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'a-
« vance, par des actes protégés par la loi, l'exercice
« des fonctions publiques, l'union de leurs enfants
« avec des femmes, qu'ils appellent roturières, ou
« avec des personnes qui exercent un autre culte
« religieux, ou qui ont une autre opinion politi-
« que..... C'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou
« la condition de se marier avec telle ou telle per-
« sonne, avec une femme de telle ou telle classe, de
« telle ou telle religion, etc..... »

C'est par ces considérations purement politiques que s'expliquent la différence établie entre les conditions impossibles légalement et celles impossibles naturellement, l'abrogation partielle de l'ancienne distinction entre la donation et le testament, et enfin et surtout les nombreuses prohibitions édictées par le législateur.

Conservant le même principe d'assimilation entre les divers modes de disposer à titre gratuit, mais plus logique dans son application par cela même qu'il était moins assailli par la tourmente politi-

que, le Code a prononcé l'abrogation absolue de la distinction précitée et, dégageant clairement le principe dirigeant en la matière, il a posé la règle de l'art. 900.

« Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites. »

Tel est, en quelques mots, l'exposé historique de la théorie établie par cet article.

Il nous était impossible de le passer sous silence, et le rapide aperçu que nous venons d'en donner nous évitera d'y revenir dans le cours de cette thèse.

Par suite de l'art. 900 du Code civil et de l'abrogation des lois intermédiaires, qui en est la conséquence, les conditions réprouvées par ces lois ne sont plus aujourd'hui spécialement prosrites et elles ne peuvent être condamnées qu'autant qu'on les jugerait, d'après la règle générale de l'art. 900, impossibles, contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (1).

Dès qu'elles ne rentrent pas dans l'une de ces trois hypothèses, toutes les modalités sont permises au disposant ; qu'il fasse une donation ou qu'il écrive son testament, il peut y apposer telle condi-

(1) Merlin, *Répertoire*, v^o *Condition*, sect. 2, § 5, art. 4 ; Toullier, V, n^o 248 et Grenier, I, n^o 457 ; Duranton, VIII, n^{os} 405 et 406 ; Vazeille, II, art. 900.

tion qu'il juge convenable, telle charge ou telle clause pénale qu'il désire.

Il serait trop long de passer en revue les nombreuses conditions qui ont exercé jusqu'à ce jour l'attention et les critiques des auteurs.

Pour cette raison, nous ne nous attacherons qu'à l'une des nombreuses modalités dont la disposition à titre gratuit peut être atteinte, ou plutôt même à celle dont le but est de donner à ces diverses modalités, conditions ou charges, une plus grande force en les précisant : je veux parler de la *clause pénale*, des règles qui la régissent, de ses applications, de ses effets.

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

« In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. »
(L. 19, ff. *De condit. et demonst.*).

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, donner est un besoin chez l'homme, et la libéralité qu'il fait trouve souvent en elle-même sa récompense par la satisfaction de bonheur librement procuré.

Mais le bienfaiteur a droit à autre chose qu'à cette sorte de sensation intime, la reconnaissance du bénéficiaire lui est due, c'est pour cette raison que le législateur a admis la révocation des donations pour cause d'ingratitude, et l'on ne comprendrait pas que le moindre souhait formulé par un donateur ou un testateur ne fut aussitôt réalisé.

Bien plus, l'adjonction d'un désir au sentiment de bienfaisance, qui préside à toute disposition à titre gratuit, est si naturelle que peu de testaments en sont exempts et que souvent il y revêt la forme d'une condition ou d'une obligation imposée au donataire ou légataire, et dont la légitimité ne saurait être contestée.

Quelquefois même, le disposant ajoute une telle

importance au vœu, qu'il adjoint accessoirement à sa disposition, que son intention est de subordonner à son exécution la validité de la disposition elle-même et que l'accessoire devient en quelque sorte la chose principale.

Il était donc naturel que, dans ce cas, il cherchât les plus sûrs moyens d'arriver à la réalisation de sa volonté, à l'exécution de la condition ou de la charge imposée.

C'est le but de la clause pénale.

Par elle, il précise ses intentions, en indiquant que la modalité qu'il appose à sa libéralité n'est pas le résultat d'un pur caprice, ni même d'un désir plus ou moins réfléchi, mais d'une décision mûrement pesée et définitivement arrêtée.

Par elle, il se met en garde contre le mauvais vouloir d'un héritier indifférent ou irrité.

Convaincu que l'intérêt personnel, atteint par la charge qu'il impose, suffira souvent à déterminer le donataire, l'héritier ou le légataire à ne pas tenir compte de la volonté qu'il a manifestée, le disposant trouve dans la clause pénale un moyen évident de témoigner de l'importance qu'il apporte à l'exécution de sa volonté, et de contraindre, en quelque sorte, le bénéficiaire à s'y conformer ou à délaisser la libéralité.

On comprend donc que le disposant à titre gratuit sente le besoin de recourir souvent à l'emploi de la clause pénale.

Et ce besoin, si fort lorsqu'il s'agit d'assurer l'exécution d'une volonté simple et sagement raisonnée, devient peut-être encore plus énergique et plus pressant quand la disposition à sanctionner paraît présenter certains caractères d'irréflexion ou de bizarrerie, voire même d'illégalité, qui sembleraient la faire rentrer dans la prohibition de l'article 900 du Code civil et, pour cette raison, l'exposer directement aux attaques presque inévitables des héritiers qu'elle blesse.

La clause pénale peut se présenter de plusieurs façons différentes : « *Ea quæ relinquuntur, licet* » « *pœnæ nomine, dit Justinien, fuerint relictæ, vel* » « *adempta, vel alios translata.* » (Inst., livre II, titre XX, *De legat.*, § 36).

Dans le premier cas, la clause pénale consiste dans une libéralité au profit d'un tiers; ainsi, pour nous servir d'un exemple souvent répété en droit romain, le testateur a dit :

« Je veux que mon héritier m'élève un monument de telle façon, et s'il ne le fait pas, je veux qu'il donne telle somme à Titius. »

Dans ce cas, la clause pénale prend plus particulièrement le nom de *legs pénal*.

Dans la deuxième hypothèse, la clause pénale a pour objet de retirer au bénéficiaire la libéralité qui lui est faite en cas d'inexécution de la charge ou condition imposée. Par exemple, le testateur dit :

« J'institue telle personne ma légataire universelle

à la condition de ne pas attaquer telle libéralité que j'ai précédemment faite, et en cas de contravention à cette condition, je déclare expressément révoquer le legs que je lui fais » *c'est la clause révocatoire*.

Enfin, le disposant peut, en cas de désobéissance à sa volonté, priver de tout ou partie de sa libéralité celui qu'il gratifie, pour en transporter le bénéfice à un tiers.

Tel est le cas où un ascendant, faisant le partage anticipé de ses biens entre ses descendants, leur interdit d'attaquer le partage et ajoute que, si l'un d'eux vient à le contester, il le prive de sa part dans la quotité disponible, et la donne à ceux qui se seront conformés à sa volonté.

C'est là ce qu'on appelait autrefois la *clause privative*; c'est l'hypothèse la plus réelle et la plus importante, c'est la clause pénale proprement dite.

Les cas d'application de la clause pénale sont nombreux :

Une hypothèse fréquente est celle où, après avoir légué la chose d'autrui, malgré la prohibition de l'art. 1021 du Code civil, le testateur cherche à assurer l'exécution de la disposition par l'apposition d'une peine.

Tantôt, c'est le bénéfice d'inventaire qu'il interdit et dont il sanctionne la prohibition; tantôt, c'est la dispense de reddition de compte de tutelle, tantôt la prohibition de se marier ou de se remarier, tantôt la condition de se faire prêtre, tantôt la résidence

dans un endroit déterminé, tantôt l'obligation de renoncer à telle ou telle succession, qu'il impose avec privation d'une part ou de la totalité des biens donnés en cas de contravention.

Dans ce testament, c'est une substitution dont le testateur veut assurer l'exécution, malgré la prohibition de l'art. 896, qui annule à la fois et la substitution et la disposition qui en est entachée.

Dans cette autre, touchant de près l'hypothèse qui précède, c'est l'aliénation des immeubles donnés qu'il veut empêcher pendant un temps limité ou même indéterminé.

Ici, c'est spécialement l'idée de suggestion ou de captation qu'il désire écarter et dont il veut protéger le gratifié contre des héritiers soupçonneux.

Là, c'est, d'une façon plus générale, la discussion même de la validité de son testament sous quelque prétexte et pour quelques motifs que ce soit qu'il veut interdire, par la menace de la privation de ses biens.

Ou bien encore, c'est la réserve d'un héritier privilégié qu'il entame, le pouvoir marital ou la puissance paternelle qu'il entrave, etc., etc...

Vouloir énumérer les dispositions auxquelles peut être apposée une clause pénale, serait vouloir passer en revue toutes les conceptions sages ou déraisonnables, simples ou complexes, spéciales ou générales dont l'intelligence humaine est capable, ce serait, en un mot, désirer l'impossible.

Nous nous contenterons, pour le moment, de si-

gnaler spécialement l'exemple le plus fréquent de clause pénale : la privation de la quotité disponible stipulée contre celui des enfants qui attaquera le partage anticipé fait par l'ascendant, donateur ou testateur.

C'est lui que nous prendrons pour éclairer la discussion du principe de la clause pénale, à laquelle nous voici arrivés et que nous diviserons de la manière suivante :

Dans une première partie, nous rechercherons le principe, la nature même de la clause pénale ainsi que les règles qui en sont la conséquence.

Dans la seconde nous verrons spécialement les diverses applications de ce principe d'après la jurisprudence.

PREMIÈRE PARTIE

DU PRINCIPLE DE LA CLAUSE PÉNALE, DE SA NATURE ET DE SES RÈGLES

« Ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine
« fuerint relictæ, vel adempta, vel in alios
« translata, nihil distare a ceteris legatis consti-
« tuimus, vel in dando, vel in adimendo, vel
« in transferendo : exceptis videlicet, quæ im-
« possibilia sunt, vel legibus interdicta, aut
« alias probrosa. »

(Inst., lib. II, tit. XX, *De legat.*, § 36).

La clause pénale, en raison même de sa grande importance relativement à l'exercice de la volonté du testateur, devait attirer souvent l'attention des auteurs, et il est rare, en effet, d'ouvrir l'un des nombreux ouvrages, quelque peu étendus, écrits sur les matières du Code civil, sans la trouver signalée en quelques mots, soit en note, soit même dans le corps du traité.

Mais, peu de personnes ont fait une étude complète de ce sujet, et, quand il s'agit de rechercher la nature de la clause pénale, son principe, les règles qui doivent la gouverner, son étendue, ses effets, ses applications, il est difficile d'arriver de suite à une solution, et le parti, qui semblait s'imposer tout d'abord, se voit bientôt évincé par celui qu'on s'était trop empressé de rejeter.

C'est que dans l'immense labyrinthe d'opinions émises en quelques mots, insuffisamment explicites, souvent vagues, sinon même parfois contradictoires malgré leur brièveté, l'esprit toujours en présence de solutions toutes faites, dont on ne lui présente ni les bases, ni les justifications, se trouble et s'égare, de sorte que souvent, au lieu de l'idée simple qu'il avait en débutant, il se trouve, après un long travail, en présence d'un amas sans ordre, sans suite, sans clarté.

Toutefois, on peut tirer des diverses opinions émises trois théories principales que nous allons successivement exposer avec leurs arguments, sauf après à les discuter et à choisir celle qui nous paraîtra préférable.

Faisons cependant observer, avant d'entrer dans l'étude de ces opinions, que notre examen ne portera sur la clause pénale, qu'en tant seulement qu'elle a pour but de sanctionner la privation d'un droit reconnu par la loi ou de couvrir une nullité, ou une infraction aux lois.

Il est, en effet, évident, qu'après avoir fait une disposition légale, ordinaire, qui n'est contraire ni aux lois d'ordre public ni même à celles d'intérêt privé, le testateur ou donateur peut ajouter à son inexécution telle peine qu'il jugera raisonnable.

C'est un droit indéniable et l'affirmative semble si universellement admise qu'il serait superflu de s'y arrêter.

CHAPITRE PREMIER.

THÉORIE DE LA NULLITÉ DES CLAUSES PROHIBITIVES.

Un premier système consiste à réputer non écrite toute clause qui, entravant la liberté, qu'a tout individu, d'attaquer un acte régulier ou annulable, interdirait au bénéficiaire l'exercice de cette action ou le gênerait dans l'un des droits que la loi lui reconnaît.

Ainsi, pour reprendre l'exemple que nous avons proposé, comme étant le plus fréquent en pratique, un père faisant le partage anticipé de ses biens entre ses trois enfants, Primus, Secundus et Tertius, déclare que si l'un d'eux vient à attaquer le partage ainsi fait, il entend le priver de la quotité disponible, laquelle sera répartie entre les enfants qui ne l'auront pas contesté.

Quel sera l'effet de cette clause?

Suivant les partisans de l'opinion que nous agissons, cette clause sera nulle, radicalement nulle, quelle que soit la valeur du testament, quelle que soit l'issue du procès auquel il pourra donner lieu.

Et la raison de cette décision, c'est, ainsi que l'avait décidé un jugement du tribunal civil de la Seine, du 29 mai 1840, confirmé par arrêt du 25 janvier 1841, « que tout citoyen a le droit de recourir à la

« justice pour obtenir la réformation d'un acte qui
« peut lui porter préjudice.

« Que ce droit est d'ordre public et ne peut lui
« être ravi sans son consentement.

« Que son interdiction serait dangereuse et con-
« traire à la loi qui permet (dans l'espèce) l'action
« en captation.

« Que, dès lors, le testateur n'a pu, sans contre-
« venir à la loi, insérer la clause de déchéance dont
« il s'agit (1), qui, dès lors, doit être réputée non
« écrite et non avenue (2)..... »

Zachariæ, lui-même, a donné à cette théorie l'ap-
pui de son autorité.

Après avoir reconnu que, sans doute, on peut
imposer une charge à l'héritier, au donataire ou au
légataire, pour le cas où il fera ou ne fera pas telle
ou telle chose, pourvu que la chose qu'on l'oblige à
faire ou à ne pas faire, ne soit contraire ni aux lois
ni aux bonnes mœurs, cet auteur éminent ajoute :

« La clause qui priverait un héritier de sa part
« d'héritage ou un légataire de son legs en tout ou
« en partie, — « s'il vient à attaquer le testament »,
« — devrait, comme portant atteinte au droit du
« légataire, être considérée comme une condition

(1) La clause portait : « Si quelqu'un de mes légataires voulait
« contester quelqu'une des dispositions de mon testament, le legs
« qui lui a été fait deviendra nul pour profiter intégralement aux
« exécuteurs testamentaires, mes légataires universels. »

(2) Voir Dev. 1846. 1. 5.

« illicite, bien que quelques auteurs restreignent
« cette proposition au cas où le testament est atta-
« qué par l'héritier ou par le légataire pour un motif
« d'ordre public (1). »

Nous verrons sous le chapitre III quels sont les auteurs auxquels Zachariæ fait allusion.

Pour le moment, contentons-nous de dire que son opinion est généralement abandonnée aujourd'hui, et répondons en quelques mots aux arguments qu'on a présentés à l'appui.

Nous savons qu'aux termes de l'art. 900 du Code civil, dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites.

On doit donc respecter la volonté du testateur toutes les fois qu'elle n'impose pas une obligation rentrant dans l'une de ces trois catégories; et, si le légataire, institué sous la condition expresse de se conformer à cette volonté, vient à l'enfreindre, la libéralité doit s'évanouir, soit à titre de peine, soit parce que la condition sous laquelle elle a été faite a défailli.

La seule question à résoudre est donc celle de savoir si la condition imposée aux légataires de respecter la volonté du testateur sous peine de perdre leur legs est une condition possible et non contraire à la morale et aux lois. L'affirmative semble évi-

(1) Zachariæ, édit. Massé et Verger, t. III, p. 180, texte et note 14.

dente, bien que, suivant l'arrêt du 25 janvier 1841 sus-énoncé, cette condition soit illicite parce que tout citoyen, dit-il, a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice et que ce droit, qui est d'ordre public, ne peut lui être ravi sans son consentement.

Suivant cette doctrine, parmi les conditions imposées sous une peine par les testateurs à leurs héritiers, il en est peu, sans doute, qui pourraient échapper à une annulation ! Dès qu'une condition imposera une gêne un tant soit peu considérable à l'héritier ou au légataire, il y aura violation, à un certain degré, d'un principe d'ordre public. Cependant, personne ne soutiendra que, par le fait seul de cette gêne, les conditions de cette nature soient nulles et doivent être réputées non écrites.

Une condition imposée sous une clause pénale peut, de l'avis de tous, emporter la privation d'un droit sans entraîner nécessairement une pareille solution.

Il suffit, pour que la clause pénale doive être exécutée, qu'elle n'intéresse en rien l'ordre public. Or, en quoi l'ordre public est-il intéressé à ce qu'un citoyen, dépouillé par un testament d'une succession à laquelle la loi ne lui réservait aucun droit, soit contraint de respecter la volonté du testateur, sous peine d'être privé d'un legs particulier ?

Il pouvait être complètement exhérédé : C'était, sans aucun doute, le droit du testateur. Ce dernier

pouvait donc, en lui laissant quelque chose, imposer au legs qu'il lui faisait l'obligation de ne pas attaquer le testament, sans que cette clause fut contraire à l'ordre public.

Lors du pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Paris que nous avons cité, M. l'avocat général Delangle a conclu à la cassation. Non seulement, la clause litigieuse ne lui a pas paru excéder le droit du testateur, mais, bien plus, il l'a considérée comme éminemment sage et salulaire : « Qui ne sait, a-t-il dit, que
« le plus souvent les procès en captation (c'était le
« cas soumis à la Cour) sont imaginés par ceux qui
« n'ont pas d'autres moyens d'attaquer un testa-
« ment ? Sur cent procès de ce genre, c'est à peine si
« un seul réussit. Aussi, quoi de plus scandaleux !
« Sous le prétexte le plus frivole et dans un miséra-
« ble intérêt d'argent, on exhume le testateur, et l'on
« dirige contre sa mémoire d'insultantes accusations.
« Sa vie privée, ses mœurs, ses pensées et ses habi-
« tudes les plus intimes, rien n'est respecté ; tout, au
« contraire, revêt, au gré d'une polémique ardente,
« les plus odieuses couleurs. Et l'on ne veut pas
« qu'en présence d'un tel danger et, pour éviter
« d'ailleurs des débats toujours affligeants, le testa-
« teur puisse assurer à la fois l'inviolabilité de sa
« mémoire et la paix de sa famille !... »

C'est sur ces conclusions et par les motifs indiqués plus haut, que la Cour suprême a, par décision en date du 22 décembre 1845, après délibération en

Chambre du conseil, cassé l'arrêt de la Cour de Paris du 25 janvier 1841, dont elle condamnait par là-même la théorie erronée et auquel elle retirait toute force judiciaire.

Nous avons cru devoir réfuter, dès à présent, l'opinion émise par l'arrêt du 25 janvier 1841 et soutenue par Zachariæ, parce que, débarrassé de ce système généralement abandonné, nous pourrons plus librement entamer l'exposé et la discussion des deux théories qui, seules aujourd'hui, à proprement parler, méritent d'arrêter l'attention.

CHAPITRE II.

THÉORIE DE LA CLAUSE PÉNALE.

Les partisans de l'opinion que nous sommes appelés à exposer prétendent appliquer à la clause pénale, apposée aux dispositions à titre gratuit, les règles qui régissent la clause pénale insérée dans les conventions, telles qu'elles sont tracées au titre des obligations (art. 1226 et suivants du Code civil).

Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons prise pour exemple, la validité de la clause pénale dépendra, d'après cette théorie, de la régularité ou de la nullité du partage, si le partage est entaché d'un vice quelconque, la clause pénale, qui a pour but de le faire respecter, sera nulle et considérée comme non avenue; de sorte que la privation de la quotité disponible, apposée comme sanction à l'exécution du testament, ne sera pas encourue. Si, au contraire, il résulte des circonstances de la cause, que le testament en question est régulier, tant en la forme qu'au fond, rien ne s'opposera plus à l'exécution de la clause que le testateur y a insérée.

Ils raisonnent de la manière suivante :

I. — Loin de rentrer dans les dispositions conditionnelles auxquelles est applicable l'art. 900 du Code civil la clause pénale en diffère essentiellement. Sans doute, elle contient, en elle-même, un principe de

disposition conditionnelle qui la fait confondre avec ces dernières ainsi qu'avec les dispositions pénales que nous rencontrons si souvent chez les Romains ; mais ce qui la caractérise et la distingue de ces autres dispositions, c'est qu'elle fait nécessairement suite à une première disposition et est établie pour le cas d'inexécution de cette dernière.

Dans l'intention de son auteur, elle a surtout pour objet d'assurer, autant qu'il est en son pouvoir, l'exécution de la disposition qui se trouve en première ligne, qui est placée au premier plan.

Ce qu'il désire, ce qu'il veut, c'est d'abord et avant tout, que cette disposition ait son effet : C'est là son but dirigeant.

La clause pénale n'arrive qu'à la suite et, en quelque sorte, comme une disposition secondaire, pour concourir à ce but, en portant, celui contre qui elle est dirigée, par la menace d'une privation de biens, à exécuter la disposition principale, afin d'éviter la peine qui serait la suite de son inexécution.

Tel est, en effet, le but du testateur dans l'exemple précité, tel est le caractère de la disposition par laquelle il déclare priver de la quotité disponible celui de ses enfants qui attaquera son partage.

En vain, chercherait-on d'autres motifs à cette clause du testament, il est évident qu'elle n'a été insérée par le testateur que pour contraindre ses descendants par la crainte d'une peine pécuniaire à exécuter ses volontés.

La disposition dont il s'agit est donc une clause pénale proprement dite, et l'on ne saurait l'assimiler aux dispositions conditionnelles. — Qu'on ne vienne pas, en effet, tirer cette conclusion du principe conditionnel qu'elle renferme, car les clauses pénales appliquées aux conventions sont également en quelque sorte conditionnelles, et l'on n'a jamais songé à les confondre avec la condition.

Il n'y a donc aucun motif pour raisonner différemment, qu'il s'agisse de testaments ou de conventions.

Dans les premiers comme dans les secondes, la clause pénale doit être régie, non par les principes des conditions, mais par ceux de la clause pénale proprement dite.

On ne saurait, en effet, tirer argument de ce que les règles de la clause pénale, telles que nous les envisageons, sont exposées au titre des obligations.

Si le législateur, en fixant ces règles, a eu surtout en vue les conventions, il ne s'en suit pas qu'il ait entendu les restreindre à ces seules dispositions. La plupart des règles tracées dans ce titre, énoncées, sans doute, en vue des obligations conventionnelles, ne sont-elles pas tous les jours appliquées aux obligations indépendantes de toute convention, telles que délits, quasi-délits, etc., etc. ?

Ne doit-on pas, de même, en faire l'application aux testaments comme aux donations, lesquels contiennent aussi des obligations réciproques de la part du disposant et du bénéficiaire ?

En un mot, et pour résumer ce que nous venons de dire de ce chef, aucun motif ne peut combattre, selon eux, l'assimilation faite par les partisans de ce système de la clause pénale insérée dans les dispositions à titre gratuit avec celle apposée aux conventions.

II. — Par suite de l'assimilation qui résulte de ce que nous venons d'exposer, il y a lieu d'appliquer à la clause pénale, contenue dans les dispositions à titre gratuit, les règles tracées pour la clause pénale insérée dans les obligations conventionnelles. Parmi ces règles, l'une des principales se trouve contenue dans l'art. 1227 du Code civil aux termes duquel : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. »

Cette règle doit donc recevoir également son application dans la matière qui nous occupe. Sans doute, le testateur est libre de disposer de ses biens de la manière qu'il jugera convenable, mais sa volonté ne saurait se placer au-dessus de la loi : « Nemo potest in suo testamento cavere ne leges in suo testamento locum habeant » (ff. 55, *De leg.*, 2), et, dans le cas où la disposition, qu'il entend consacrer par l'apposition d'une clause pénale, serait entachée d'un vice que la loi réprime, la clause pénale serait nulle comme la disposition qu'elle a pour but de sanctionner.

Une clause pénale peut être nulle pour deux causes :

— Elle peut contenir le principe de nullité en elle-même et abstraction faite de la validité ou de la nullité de la disposition principale.

— En outre, elle est nulle toutes les fois que la disposition principale est nulle.

Dans ce dernier cas, la nullité dont elle est entachée n'a pas sa cause en elle-même, elle l'emprunte à l'obligation principale; et, lors même qu'elle serait parfaitement valable en elle-même et prise isolément, comme elle n'est que l'accessoire de la disposition principale, si celle-ci est irrégulière et nulle, le même vice rejaillira sur elle. « *Quum principalis causa non consistit ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent.* » (ff. 129, § 1, *De reg. jur.*).

Telle est l'application rigoureuse et nécessaire de l'art. 1227 que nous venons d'énoncer.

III. — On ne saurait, d'ailleurs, supposer un instant qu'on pût soustraire à l'application de l'art. 1227 le genre de clause pénale qui nous occupe.

Le législateur interdit telle ou telle disposition et il souffrirait que, par une clause secondaire, le disposant donnât force de loi à la disposition interdite ! Ce serait méconnaître tout principe du droit qui veut qu'on ne puisse transgresser librement les lois qu'on nous impose et, dans le cas actuel, l'apposition d'une clause pénale n'est, évidemment, qu'une tentative dans ce but.

Sans doute, dans notre hypothèse, les enfants conservent le droit, que n'a pu leur enlever l'ascendant

donateur ou testateur, d'attaquer le partage qu'il a fait et d'en faire prononcer la nullité; mais il est à remarquer qu'en fait, si l'autorité de la loi ne se trouve pas totalement détruite par l'apposition de la clause pénale dont il s'agit, au cas où on la reconnaîtrait valable, il résulterait de cette dernière opinion qu'elle serait considérablement amoindrie, en ce sens que les enfants, dominés par la crainte de la clause pénale et de la privation qu'elle contient, souvent même retenus par la peur de subir, par l'application de la clause pénale, un préjudice plus considérable que celui qui pourrait résulter pour eux de l'exécution pure et simple du testament, hésiteraient et même renonceraient, *à priori*, presque dans tous les cas, à soulever une nullité dont ils auront toujours à souffrir.

Sans intérêt à attaquer le testament, les enfants prendraient infailliblement le parti de l'exécuter, et, par suite, la loi verrait ses prescriptions transgressées et ses interdictions méprisées.

Il serait donc permis au testateur, à l'aide de la clause pénale, de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement et d'arriver, en définitive, par une voie détournée au but qu'il ne pouvait atteindre par la voie directe. Résultat inadmissible et contraire à toutes les règles du droit!

Cela est si vrai qu'on a vu des auteurs (1) recom-

(1) Grenier, Favart, Dumoulin même, (Genty, introd., n° 31), Bou-

mander aux disposants de recourir à la clause pénale au cas où ils supposeraient qu'il pourrait y avoir doute sur la validité d'une ou de plusieurs des dispositions contenues en la donation ou au testament.

La clause pénale étant ainsi pour eux, comme le dit M. Genty, une sorte de topique dont l'application doit avoir la vertu de guérir toutes les plaies, de faire disparaître tous les défauts où du moins de prévenir les accidents que ces défauts devaient entraîner à leur suite. C'est là, disaient déjà d'anciens auteurs, un heureux expédient à l'aide duquel on parvenait à partager les biens dont la coutume défendait expressément le partage, à l'aide duquel, par conséquent, des actes de dernière volonté, formellement prohibés par la loi, devenaient efficaces en fait. Ainsi donc, le résultat final de la clause pénale était la consécration du mépris des lois ; on le savait, on en convenait, on s'en félicitait, on y recourait toutes les fois qu'il s'agissait de transgresser une des dispositions légales.

Ce procédé seul suffirait donc déjà à condamner l'opinion contraire à celle que nous exposons.

IV. — Bien plus et en dehors des arguments de droit que nous venons d'énumérer, les partisans de la théorie de la clause pénale pensent trouver encore dans des considérations de fait des raisons à l'appui de leur opinion.

cheul, Le Rat, Théveneau sur Poitou, Brodeau sur Louet, lettre P, n° 24, Valin sur Rochelle, art. 42, etc., etc.

En effet, disent-ils, le principal argument, en faveur de ceux qui optent pour la validité de la clause pénale, repose sur l'idée sage et la volonté régulatrice du testateur qui a eu pour but d'éviter toute contestation et, par suite, toute discorde entre ses enfants, parmi lesquels il a voulu conserver, par ce moyen, la plus complète harmonie; or, ce raisonnement, ajoutent-ils, n'est logique que dans le cas où le testament n'est entaché d'aucune nullité; alors, seulement, se comprend l'intervention du testateur pour éviter les discussions sans fondement; dans le cas contraire, cette intervention ne présente plus qu'un danger pour les familles qu'elle expose à des spoliations souvent dues à des suggestions perfides ou à des captations si fréquentes dans les derniers moments de la vie, en les couvrant de l'autorité d'une clause qui, pas plus que ces dispositions elles-mêmes, n'est le résultat véritable de la volonté du mourant.

Sans doute, on pourra étouffer par la menace d'une peine, quelquefois lourde, les plaintes les plus légitimes, mais on ne saura jamais, par ce fait, maintenir dans les familles cette union que les partisans du principe des dispositions conditionnelles ordinaires vantent avec tant d'ardeur. Loin de là, les héritiers, dociles à la volonté du testateur, mais ne lui obéissant qu'à regret et par la seule crainte de la peine, garderont dans leur esprit, convaincu de l'illégalité du testament comme de la clause qui la

sanctionne, une sorte de rancune qui fera naître, entretiendra et même augmentera avec le temps la mésintelligence qu'on prétendait éviter. Par suite, tombe naturellement l'argument de l'opinion adverse qui devient, au contraire, un motif favorable à la théorie de la clause pénale.

V. — D'ailleurs, la preuve que l'on pourrait être tenté de tirer de la volonté du testateur qui a édicté, tant la disposition principale, que la clause qu'il y a ajoutée, ne saurait davantage être prise en considération, attendu que cette volonté, que nous retrouvons dans le testament ou dans la donation, préside également à la confection des contrats et des obligations conventionnelles, et que, dans ces actes, le législateur n'a pas jugé à propos de tenir compte de la volonté des contractants qu'il a annulée toutes les fois qu'elle s'est manifestée dans un sens contraire aux règles légalement établies.

Nulle raison ne milite, d'ailleurs, en faveur d'une distinction entre ces différents actes, ainsi que nous l'avons dit plus haut, et l'on ne voit pas pourquoi la volonté du contractant annulée dans le second cas, serait exécutée dans le premier, parce qu'elle émanerait d'un disposant à titre gratuit.

Tel est, en résumé, le raisonnement suivi à l'appui de cette thèse; qu'il nous soit permis, en terminant, de citer l'opinion du plus ardent de ses partisans :

« La clause pénale, dit M. Genty, ajoutée à une

« disposition illégale, n'étant qu'un moyen destiné à
« étayer une illégalité, est elle-même, à raison de ce
« but, illégale. Le testateur, par la disposition prin-
« cipale, a dépassé les pouvoirs que la loi lui recon-
« naissait; il a commis ce qu'en d'autres matières on
« appelle un excès de pouvoirs. La clause pénale,
« n'ayant pour objet que de contraindre les parties
« intéressées à se soumettre à cet excès de pouvoirs,
« à le subir, constitue elle-même un excès de pou-
« vairs qui s'ajoute au premier. Car il est manifeste
« que si la loi ne reconnaît pas au testateur le pou-
« voir d'imposer telle disposition à ses héritiers, elle
« ne lui reconnaît pas davantage le pouvoir de re-
« courir aux moyens propres à les contraindre néan-
« moins à l'exécuter. Il est manifeste, pour parler
« d'une manière générale, que celui qui cherche à
« amoindrir, à éluder l'autorité de la loi, n'use pas,
« en cela, d'un pouvoir que la loi lui reconnaisse, la
« loi, certes, n'autorisant pas les mesures destinées
« à échapper à l'application des règles qu'elle a éta-
« blies. Aussi est-ce un principe, à l'abri de toute
« contestation, qu'il n'est pas permis de faire indirecte-
« ment, soit par des actes entre-vifs, soit par des
« actes de dernière volonté, peu importe, ce qu'on
« n'a pas le droit de faire directement (1); que, par
« conséquent, toutes les dispositions, quelles qu'elles

(1) « Nemo potest in suo testamento cavere, ne leges in suo tes-
tamento locum habeant. » ff. 35, *De leg.*, 2°.

« soient, par lesquelles on cherche à éluder, c'est-à-
« dire, à violer indirectement la loi, sont tout aussi
« inefficaces que celles par lesquelles on la viole di-
« rectement. C'est là un principe général, universel,
« et non un principe particulier borné aux conven-
« tions. Car il est tellement essentiel, tellement né-
« cessaire, dans toutes les parties de la législation,
« que sans lui, l'autorité du législateur serait illu-
« soire. L'homme, en effet, toujours ingénieux
« quand il s'agit de satisfaire ses passions, aurait
« bientôt trouvé les moyens, soit de se soustraire
« complètement à l'application de la loi, soit, du
« moins, d'en amortir l'action, d'en affaiblir les
« effets. — Et la sanction, l'application de ce prin-
« cipe, en matière de clause pénale, se trouve dans
« la règle proclamée par l'art. 1227, qu' « une clause
« pénale est nulle, lorsqu'elle a pour but d'assurer
« l'exécution d'une disposition nulle » ; en d'autres
« termes, que dès qu'une disposition est nulle et in-
« efficace par elle-même, une clause pénale ne sau-
« rait lui donner aucune efficacité. Or, elle lui en
« donnerait, dans une certaine mesure, si elle était
« valable elle-même. Car elle mettrait les parties
« dans l'alternative obligée d'exécuter l'une ou l'au-
« tre disposition. Voilà pourquoi, dans le but d'ex-
« primer d'une manière saisissante le caractère et la
« portée de la clause pénale, la théorie s'exprime en
« ces termes : Une clause pénale, n'ayant pour objet
« que d'assurer et de garantir l'exécution de la dis-

« position principale, n'étant là que pour soutenir et
« étayer cette disposition, elle n'a pas d'existence
« propre et indépendante. En droit, elle se rattache
« essentiellement, d'après le but et l'intention de son
« auteur, à la disposition principale. Elle n'en est
« que l'accessoire. Conséquemment, elle en doit sui-
« vre le sort, et être nulle avec elle (1). »

CONCLUSION.

Si, des développements qui précèdent, nous voulons arriver à la solution pratique de la question, nous dirons que, d'après cette théorie, la validité de la clause pénale dépendra essentiellement du résultat du procès. Si la contestation est fondée, la clause pénale sera nulle, si elle n'est pas justifiée, la clause pénale recevra son application.

Ainsi dans l'exemple que nous avons cité : si l'enfant contestant parvient à démontrer les vices du partage et le fait annuler, il n'encourra pas la peine, tandis que s'il ne réussit pas dans son action, elle lui sera appliquée.

(1) Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 177.

CHAPITRE III.

THÉORIE DE L'OPTION.

Ce dernier système, généralement connu sous le nom de théorie de l'option, consiste, ainsi que l'indique ce nom, à considérer l'héritier, le légataire ou le donataire, comme placé dans une alternative laissant à sa libre volonté le choix du parti à prendre entre l'exécution pure et simple de l'obligation qui lui est imposée et la peine qui sera la conséquence de son inexécution.

On raisonne de la manière suivante :

I. — L'acte à titre gratuit, auquel est apposée une clause pénale, présente deux dispositions distinctes, sinon égales, dans la pensée du disposant.

Dans la première, le testateur ou donateur, usant de la faculté qui lui est accordée, appose à la libéralité qu'il fait, la condition ou charge que lui suggère sa pensée. Pouvant ne pas donner, il peut assurément ajouter à sa donation ou à son legs telle modalité qu'il juge convenable, c'est un point sur lequel nous nous sommes déjà assez longuement expliqués pour ne pas y revenir.

Dans la seconde, prévoyant le cas où l'héritier, le légataire ou le donataire ne se conformerait pas à la condition, objet de la première disposition, ou n'exécuterait pas la charge qu'elle contient, il dispose,

toujours selon ses droits et sans qu'aucune critique puisse être élevée à ce sujet, d'une part plus ou moins étendue de ses biens.

Rien de plus juste que ce legs ou cette donation fait au profit d'un tiers, au préjudice de l'héritier, légataire ou donataire, pour le punir du mauvais vouloir qu'il apporte à l'exécution des prescriptions de son bienfaiteur. Il suffirait donc, pour que la validité de cette seconde disposition, comme de la première, ne puisse être l'objet d'aucune attaque, qu'elle ne renferme aucun des éléments prohibés par l'article 900 du Code civil qui, seul, peut être applicable en la matière.

II. — Il est, en effet, à considérer, que ce principe de l'application de l'art. 900 a été posé sous l'empire du droit romain par Justinien et continuellement admis jusqu'à la création de notre Code civil dont l'art. 900 l'a consacré définitivement.

L'empereur Antonin-le-Pieux, avait, il est vrai, déclaré nulle l'insertion de toute peine dans un testament, et ce fut le premier qui, au dire de Capitolin dans la vie de ce prince, défendit les dispositions pénales : « *Primus constituit ne pœnæ causa legatum maneret.* » Cette loi fut confirmée par ses successeurs comme on le voit dans la loi 2, D. *De his quæ pœnæ causa relinquuntur* et dans les Fragments d'Ulpien, titre 24, § 16 et titre 25, § 13.

« Et elle était observée si étroitement, dit l'empereur Justinien, qu'il était statué par plusieurs or-

donnances, que le prince même ne pouvait pas recevoir un legs de cette nature qui lui aurait été fait; et quoique, dans les testaments militaires, la volonté du testateur fut en toute chose exécutée ponctuellement, les legs de cette espèce qu'on y laissait n'en étaient pas plus valables. »

« On avait même réglé que la liberté ne pouvait pas être léguée par forme de peine; et Sabinus était d'avis qu'on ne pouvait pas se servir de cette voie pour ajouter un co-héritier à un héritier déjà institué, comme si quelqu'un eût dit : Que Titius soit mon héritier et, s'il donne sa fille en mariage à Seius, que Seius soit aussi mon héritier, car il n'importait pas de quelle manière on punissait un héritier ou en le condamnant à fournir un legs, ou en lui donnant un co-héritier. »

Cette jurisprudence, basée sur ce seul fait que toute peine était contraire à l'esprit même des testaments, lesquels devaient être inspirés par le seul sentiment de libéralité, ne reposait au fond sur aucun motif raisonnable.

Elle était, au contraire, opposée à la liberté illimitée, que la loi des Douze Tables avait consacrée pour tout père de famille de disposer à son gré de tous ses biens, car l'apposition des peines devait nécessairement, au plus haut point, faire partie de cette liberté. Aussi, cette jurisprudence a-t-elle été abrogée par Justinien.

« Ce scrupule, dit cet empereur, nous a déplu, et

« nous avons généralement ordonné que tous les legs
« qui seraient faits, ou révoqués, ou transférés par
« forme de peine, la confection, révocation ou trans-
« lation qui en serait faite, aurait tout son effet, à
« moins que les conditions ne fussent impossibles ou
« défendues par les lois, ou contraires à la pudeur et
« à la décence, car la religion dans laquelle nous
« vivons, ne permet pas que ces sortes de legs soient
« valables. » (Voy. Loi 1, C. *De his quæ pœnæ no-
mine*, portée en 528).

C'est cette décision de Justinien qui doit être suivie aujourd'hui, et l'on pense généralement que le Code n'a fait que reproduire, en cette matière, la législation de cet empereur. Il en résulte que les dispositions à titre de peine sont régies par les mêmes principes que les dispositions conditionnelles avec lesquelles elles se confondent, que la peine forme une condition ordinaire imposée à l'héritier; elle doit, en conséquence, en cas d'inexécution, produire son effet, c'est-à-dire, entraîner pour l'héritier la privation prononcée contre lui dans cette prévision, excepté toutefois lorsque la condition consiste dans un fait impossible, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, car la loi, regardant cette disposition comme non écrite, dispense, par là même, l'héritier de son accomplissement, et le décharge, en conséquence, en cas d'inexécution, de la peine dont le testateur l'a menacé.

III. — N'est-il pas vrai de dire, d'autre part, que la

loi ne peut refuser au testateur de faire indirectement ce qu'elle lui permet de faire directement.

L'ascendant donateur ou testateur, dira-t-on dans l'hypothèse que nous avons prise pour exemple, a la liberté de priver ses descendants de la quotité disponible en la léguant purement et simplement à un tiers, or, ce qu'il fait ainsi directement, comment ne pourrait-il pas le faire, à plus forte raison, sous condition et, dans l'hypothèse, priver ses descendants de la quotité disponible dans le cas où ils attaqueraient le partage qu'il a fait. C'est là un pouvoir qu'on ne saurait lui refuser qu'au cas où la condition, sous laquelle il leur impose cette privation, serait impossible, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs et, dans le cas contraire, l'inexécution de la condition devrait nécessairement entraîner la privation conditionnelle qui y est apposée.

La question se réduit donc à rechercher si, dans l'espèce, la condition imposée aux enfants de ne pas attaquer le partage consiste dans un fait impossible, illicite ou immoral, ou mieux, dans la circonstance, dans un fait défendu par la loi, puisqu'il est évident que ce fait n'a rien d'impossible ni de contraire aux mœurs.

Or, nul doute que la clause interdisant d'attaquer un partage testamentaire, ou plus généralement une donation ou un testament n'a, en elle-même, rien que de licite. En effet, de deux choses l'une : ou le testament est valable et alors, non seulement il est per-

mis aux descendants de ne pas l'attaquer, mais, c'est même pour eux, en quelque sorte, un devoir, dans le cas où la condition apposée par le testateur, loin d'être illicite, est entièrement conforme aux lois qui s'unissent à la volonté du testateur, pour la sanctionner et la faire respecter; ou bien le testament est entaché de vice ou de nullité, et alors la condition de ne pas l'attaquer se réduit à l'obligation de renoncer au droit qu'a tout individu d'attaquer un acte nul, droit exclusivement d'intérêt privé, auquel, par conséquent, chacun est libre de renoncer; donc, ici, comme dans le premier cas, rien d'illicite. Pour en décider autrement, il faudrait que la loi eût obligé tout individu à attaquer les actes qui lui causent préjudice dès qu'ils sont entachés de nullité. C'est ce que nous ne sachons pas que le législateur ait jamais fait, ni osé faire. Donc, pour conclure, la renonciation à l'action en nullité contre un testament est une chose permise et aucune loi n'interdit au testateur de l'imposer à des héritiers et de la sanctionner par une peine en cas de contravention. « Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt, renuntiare, dit Justinien, » *in lege* 29, *Co-* « dice *De pactis*.

IV.— Qu'on ne vienne pas dire que, par cette solution, nous permettons au testateur de se mettre au-dessus de la loi en interdisant une action en nullité que le législateur accorde à toute partie intéressée. Nous n'entendons pas, en effet, lui reconnaître ce

pouvoir et, en fait, l'héritier, le donataire ou le légataire, reste parfaitement libre d'agir en nullité contre le testament ou la donation fait à son préjudice, puisqu'il aurait le droit de les attaquer, même au cas où essentiellement réguliers, ces actes ne lui nuiraient en aucune façon, sauf dans ce dernier cas, à succomber dans sa demande.

Mais le testateur ou donateur fait à celui qu'il entend gratifier, et est en droit de lui faire une situation d'une nature spéciale : Sans doute, lui dit-il, il vous est libre d'attaquer la disposition que j'ai faite en votre faveur, mais il m'est libre à mon tour, dans le cas où vous ne satisferiez pas à la condition ou charge que je vous impose, de vous priver, pour cette raison, de tout ou partie de mon bienfait. — C'est là une alternative toute légale dans laquelle se trouve situé le bénéficiaire, il a le choix entre l'exécution pure et simple du testament ou de la donation, d'une part, et, d'autre part, la peine ou la privation qu'il encourra en cas d'inexécution.

C'est à lui d'*opter* entre l'un ou l'autre de ces deux partis.

Et cette *option* est, disons-nous, essentiellement légitime. En effet, deux droits se trouvent ici en présence : d'une part, celui des héritiers, d'attaquer tout testament, toute donation comme tout autre acte qu'ils jugeraient entachés de nullité ; d'autre part, le droit du disposant, qui a la faculté de léguer la quotité disponible en cas d'existence d'héritiers ré-

servataires et, en leur absence, la totalité de ses biens, à qui bon lui semble.

Or, que fait le disposant par l'insertion de la clause pénale dans son testament ou dans sa donation ? Il ne prive pas ses héritiers, légataires ou donataires du droit qu'ils ont d'attaquer le testament ou la donation, il ne leur impose ni purement et simplement, ni même sous condition de renoncer à ce droit qu'ils tiennent de la loi, il leur offre simplement le testament ou la donation par lui fait tel qu'il est, c'est-à-dire, contenant l'expression de sa libre volonté, sauf à eux à l'accepter ou à le refuser, à leur choix, selon qu'ils aviseront ; mais, dans ce dernier cas, le droit du disposant, que nous avons indiqué ci-dessus, apparaît dans toute sa vigueur, et comme les héritiers n'ont droit aux biens disponibles qu'au cas où le testateur ou donateur n'en disposerait pas autrement, celui-ci leur enlève conditionnellement, il est vrai, mais d'une façon définitive, le cas prévu échéant, leur droit aux biens disponibles. Il en a le pouvoir, il en use, rien de plus juste et de plus conforme à la loi, personne ne pourrait le critiquer. C'est comme si le disposant disait aux héritiers, légataires ou donataires : Voici mon testament, sans doute il vous est permis de l'attaquer, mais, si vous le faites, il m'est aussi permis de vous enlever les biens dont j'ai la libre disposition ; j'entends donc que celui qui se refusera à exécuter l'acte que j'ai fait soit privé de sa part dans ces biens, c'est un

choix que je vous soumets et non une obligation que je vous impose, c'est à vous de décider le parti que vous devez prendre.

C'est là une *option* essentiellement valable, toutes les fois qu'elle ne consacrera aucune disposition impossible, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs; car s'il est interdit à tout individu de rien faire qui porte atteinte à l'ordre public ou aux lois qui s'y rattachent (art. 6 du Code civil) rien ne s'oppose à ce qu'il renonce à certaines lois édictées dans son intérêt privé, ou oblige ses bénéficiaires à renoncer à ces mêmes lois.

Ainsi la question, telle que nous l'examinerons dans la dernière partie de cet ouvrage, en traitant des diverses applications du principe dont nous posons actuellement les bases, se réduira au seul fait de savoir si l'option offerte porte atteinte aux lois d'ordre public ou simplement aux lois d'intérêt privé; dans le premier cas, nous devons admettre la nullité de la clause pénale; dans le second, nous la déclarons valable et encourue par le contrevenant.

VI. — De plus, quoiqu'en disent les partisans de l'application pure et simple des règles de la clause pénale, loin d'entraîner la mésintelligence dans les familles, le maintien de la clause dont nous nous occupons aura pour résultat de prévenir des contestations sans objet, la clause pénale sera une précaution salubre contre le mauvais vouloir et l'esprit de chicane de certains des héritiers qui, plus préoccupés

de leurs intérêts privés que du respect qu'ils doivent aux dernières volontés du défunt, seraient trop souvent portés à attaquer sans motifs sérieux les dispositions qu'il a faites par cela seul qu'elles sembleraient préjudicier à leurs droits.

On ne comprendrait donc pas qu'on refusât au testateur, dans la prévision de discussions qu'il veut éviter, le pouvoir d'assurer l'exécution de ses volontés et, par leur maintien, le moyen de conserver plus efficacement la tranquillité parmi ses héritiers. Il est conforme à l'esprit de la loi que la clause pénale qu'il édicte reçoive religieusement son exécution. C'est le vœu du législateur lui-même, ainsi que le prouve notamment l'art. 1080 du Code civil. — On ne verrait donc pas, en présence de ces considérations puissantes, de motifs sérieux de s'en écarter.

VII. — N'est-il pas à souhaiter enfin, et en dernier lieu, que la volonté du testateur soit respectée toutes les fois qu'elle ne trouble ni directement ni indirectement l'ordre public, c'est un point sur lequel nous avons longuement appuyé au début de cet ouvrage, sur lequel nous n'avons donc pas lieu de revenir, mais que nous devons signaler en terminant, comme un des plus forts arguments à l'appui de l'opinion que nous soutenons : « In omnibus etenim testatoris voluntatem que legitima est, dominari censemus. » (L. *Cum quæstio*, 23, *in fine*, Cod. *De leg.*), ou bien encore : « Voluntati testatoris per omnia obediendum est. » (Loi 13, Cod. *De usufr.*) disent les textes.

CONCLUSION.

Si, de même que nous l'avons fait pour le système précédent, nous nous demandons quelle est la solution pratique de la théorie de l'option, nous arrivons à cette distinction :

Si la contestation soulevée porte sur un point intéressant l'ordre public, la validité de la clause pénale dépendra de la solution du procès, comme dans le système précédent. C'est la solution exigée par l'article 900 que nous avons déclaré applicable à la matière et par la théorie même de l'option, dont l'un des termes peut dès lors n'être plus licite.

Si, au contraire, la contestation n'est relative qu'à un pur intérêt privé, alors il n'y a plus lieu d'attendre l'issue du procès, l'héritier se trouve en présence d'une option dont les deux termes sont licites, puisqu'il est permis de renoncer à un droit d'intérêt privé; il doit subir les conséquences de son choix et, dès qu'il *opte* pour la contestation, la clause pénale est, dès lors, et par ce seul fait, encourue, quelle que soit l'issue du procès.

CHAPITRE IV.

DISCUSSION.

Nous avons déjà, en exposant l'opinion qui refuse à l'interdiction d'attaquer un testament toute espèce de validité et en déclare dans tous les cas la nullité, développé les raisons qui s'opposent à l'admission de ce système, nous n'y reviendrons donc pas.

L'objet de notre discussion portera seulement sur les deux principales théories que nous venons de retracer : Celle de la clause pénale, et celle de l'option. Rapprocher les arguments donnés à l'appui de chacune d'elle, montrer les points défectueux des uns, les fondements solides et juridiques des autres, tirer enfin de cette discussion générale le parti qui nous restera à prendre, l'opinion qui nous semblera vraie, la théorie qui nous paraîtra répondre mieux aux droits du législateur, de la raison, de l'équité, enfin et surtout de la libre volonté du disposant : tel est l'objet de ce chapitre.

Nous serons naturellement amenés par cette discussion, à revoir en partie les arguments que nous avons déjà exposés, mais nous nous efforcerons de tomber le moins possible dans des redites et de ne parler des choses déjà traitées qu'autant qu'il sera nécessaire pour repousser les attaques qu'on y fait.

I. — La première et la principale objection qu'on

élève contre la théorie de l'option, c'est de ne voir dans la clause pénale qu'une disposition distincte de celle qui la précède et de méconnaître ainsi le lien qui, suivant ses adversaires, les unit intimement; qui fait, selon eux, de la clause pénale un accessoire de la disposition à laquelle elle est jointe et qu'ils considèrent comme principale; qui lui fait suivre le sort de celle-ci et la fait déclarer valable ou nulle, selon la validité ou la nullité de la première disposition; qui, en un mot, la soumet à la règle posée par l'article 1227 du Code civil.

En répondant à cette objection, nous montrerons en même temps et par là même le défaut d'argumentation de l'opinion adverse.

Si, au premier abord, la clause pénale apposée aux dispositions à titre gratuit semble présenter le caractère d'un accessoire inséparable d'une disposition précédente et principale, une étude un peu plus approfondie ne tarde pas à montrer que cette clause se réduit en fait purement et simplement en une disposition conditionnelle comme celle qui la précède.

L'argument qu'on nous oppose serait, en effet, irrésistible, si la clause de déchéance ou clause pénale dont nous nous occupons était une clause pénale proprement dite, telle qu'elle est prévue au Titre des obligations conventionnelles. — Mais elle ne l'est pas. — C'est ce qu'il importe de mettre en lumière.

Une clause pénale est une estimation anticipée de dommages-intérêts dus éventuellement pour la vio-

lation possible d'un droit, elle fixe une mesure que le débiteur paiera sur sa fortune, s'il contrevient à son obligation. Elle a pour but d'éviter les difficultés d'appréciation relative au quantum des dommages-intérêts à allouer par le juge.

Tel n'est pas le caractère de la disposition qui prive un légataire de son legs s'il attaque en justice le testament. Le testateur met simplement une condition à sa libéralité.

Le legs est conditionnel ou affecté d'une révocation conditionnelle. « Je vous gratifie, dit le testateur, si vous n'élevez pas de contestations contre mon testament. »

Nous devons donc, par suite, appliquer les règles sur les conditions et non les règles de la clause pénale (1).

La plupart des auteurs ont reconnu ce caractère à la clause pénale qui nous occupe, et si, dans une certaine époque du droit romain, on a pu méconnaître le principe de la clause pénale, notre droit actuel l'a clairement distingué. Aussi n'est-on pas étonné d'entendre Merlin lui-même, ce grand jurisconsulte, s'exprimer, en parlant du sujet qui nous occupe, de la manière suivante :

« Les dispositions pénales, dit-il (*Répert., Peines* « *testam.*, § 2), ont beaucoup d'affinité avec les dis-

(1) Voyez arrêt de la Cour d'Orléans, 5 février 1870, S. 1870. 2. 257 et note de l'arrêtiste.

« positions conditionnelles; on remarque la même
« forme dans les unes et dans les autres; et, même à
« parler exactement, celles-ci ne diffèrent de celles-là
« que dans les principes du droit ancien. »

En fait, dans l'acte qui nous occupe, et comme nous l'avons remarqué plus haut, le testateur a fait deux dispositions successives mais distinctes. Dans l'une, il a apposé à sa libéralité une condition ou charge; dans l'autre, il a disposé de partie ou de la totalité de ses biens pour le cas prévu d'inexécution de la condition ou de la charge; n'est-ce pas en d'autres termes faire une disposition sous condition résolutoire? S'il avait disposé de la manière suivante : « Je donne ou je lègue à chacun de mes
« enfants une part égale de la quotité disponible
« de mes biens, à la condition expresse de ne pas
« attaquer mon testament. Dans le cas contraire, je
« prive celui qui le contesterait du don ou legs que
« je lui fais, lequel profitera aux autres, » nul doute qu'on ne voie dans cet acte un legs ou une donation fait sous condition résolutoire. Il est donc certain que dans ce cas, la condition se réalisant, à moins d'atteinte portée à l'ordre public, la privation prononcée contre l'enfant qui attaquerait le partage serait encourue et que le bénéfice du legs ou de la donation serait attribué aux autres enfants. Or, serait-il raisonnable d'admettre que les termes dont s'est servi le testateur ou l'ordre dans lequel il les a disposés puissent changer le caractère et le résultat

d'une volonté identiquement la même dans les deux cas, mais différemment exprimée?

D'ailleurs l'objection tirée de cette idée, que la clause pénale est essentiellement une sanction entravant la liberté du bénéficiaire et tendant à le déterminer à l'exécution de la charge, ne saurait avoir une influence sérieuse. Lui donner, en effet, l'importance qu'on y attache, serait conduire en quelque sorte à la négation du pouvoir du testateur d'imposer une charge quelconque à son héritier, car toute charge ou condition implique nécessairement une privation relative de la liberté.

Que cette charge soit plus ou moins lourde, que cette privation soit plus ou moins étendue, qu'elle dépende d'une disposition principale pure et simple ou d'une disposition conditionnelle, là, n'est pas la question, il s'agit uniquement de savoir si le testateur a eu le pouvoir de l'imposer. Or, dès que ce qu'il a voulu n'est ni impossible, ni contraire aux lois et aux bonnes mœurs, il a pu en faire une condition de sa libéralité, et l'héritier, le légataire ou le donataire qui ne s'y soumettrait pas, devra subir la peine, la privation qui lui a été infligée pour ce cas. « Neque enim ferendus est qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. » (L. 1, § 4, C. *De caducis tollendis*).

Il ne suffit pas que la liberté soit gênée, il faut encore que cette gêne soit contraire à l'ordre public. Allons même plus loin et admettons pour un instant

le principe de sanction posé par nos adversaires : serait-ce là une raison nécessaire d'appliquer à la clause pénale apposée aux dispositions à titre gratuit les règles de la clause pénale insérée dans les conventions ? Si le législateur a jugé à propos de traiter dans des articles spéciaux et distincts des conditions impossibles, illicites ou immorales, d'une part, et de l'autre, des règles relatives à la clause pénale, quand il s'agissait des seules obligations conventionnelles, est-ce là un motif pour en conclure que ces règles doivent être étendues à la clause pénale insérée dans les dispositions à titre gratuit ? N'est-il pas, au contraire, tout naturel que s'il n'a tracé pour ces dernières dispositions qu'une seule règle relative aux conditions, c'est qu'il a entendu faire rentrer dans la généralité de ces expressions la clause pénale elle-même, dont le principe est essentiellement conditionnel, ainsi que toutes les charges ou modalités de même espèce ? N'est-il pas logique, en un mot, qu'il ait entendu, en édictant l'art. 900 du Code civil, poser un principe général pour toutes les modalités accessoires aux dispositions à titre gratuit, d'autant plus que, par cet article, il indiquait clairement son intention de régir ces dispositions d'une façon absolument différente et même opposée aux règles qu'il avait tracées pour les conventions ? Aussi la plupart des auteurs n'hésitent-ils pas à appliquer l'art. 900 du Code civil à la clause pénale comme aux autres charges ou conditions. — « Les termes

« de l'art. 900 sont généraux, dit Coin-Delisle, sur
« cet article n° 5, et, par conditions, ils font entendre
« non seulement la condition proprement dite qui
« suspend la libéralité, mais surtout toute espèce de
« charge ou de clause impossible ou illicite. »

De même Duranton, n° 144, arg. de la loi du 5-12 septembre 1791. — De même Marcadé, t. III, art. 900. — De même Aubry et Rau, t. VI, p. 5. — De même encore Dalloz, *Rép. de lég., Disposit. entre-vifs et test.*, n° 174. — Ce dernier prévoit même spécialement la clause qui nous occupe. « Il y a en effet, » dit-il, la plus étroite analogie entre les conditions et les charges ou *clauses pénales*. » — Voyez encore Bayle-Mouillard sur Grenier, n° 157 *bis in fine*, note A; Zachariæ, t. V, p. 237. — Enfin M. Larombière, t. IV, sur art. 1226, n° 3, prévoyant l'hypothèse de la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit, tout en paraissant prendre pour règles de celle-ci les principes qui la régissent dans les obligations conventionnelles, arrive insensiblement à recourir à l'art. 900 du Code civil.

« Il convient alors, dit-il, d'appliquer les dispositions de l'art. 900 aux clauses par lesquelles un donateur ou un testateur enjoint à ses donataires, héritiers ou légataires de respecter ses libéralités et de ne pas attaquer l'acte qui les contient sous peine d'être déchus de tous les droits suivant lesquels ils ont été appelés à y participer. La clause pénale sera, par suite, réputée non écrite, comme le serait la con-

dition simple, lorsqu'elle aura pour objet d'assurer l'exécution d'une disposition qui est frappée d'une nullité radicale et absolue, comme contraire aux lois, aux mœurs ou à l'ordre public. »

Il ne nous reste plus, pour répondre à cette première objection, qu'à donner l'opinion du maître en la matière. — « Encore une fois, dit Merlin (*Rép.*, « *Peine testamentaire*, § 5), les dispositions pénales « n'ont rien que de valable, de légitime et de conforme aux principes de notre jurisprudence; mais « cette règle admet les mêmes exceptions que celle « qui autorise un testateur à disposer sous telle condition qu'il trouve à propos. »

« Comme on rejette dans les dispositions conditionnelles tout ce qui est ou impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou défendu par les lois, « il faut pareillement rejeter et regarder comme « non écrites, les clauses pénales qui ont pour objet « des faits au-dessus de la capacité de l'homme, des honnêtes ou prohibés. »

« Il y a cependant une différence sur cette matière « entre la disposition conditionnelle et la clause « pénale. »

« Lorsqu'une condition est impossible ou contraire, « soit aux bonnes mœurs, soit aux lois, le legs ou « l'institution que le testateur en avait affecté, ne « laisse pas d'être valable; mais quand le fait qui « sert de fondement à la peine est marqué au coin « de l'impossibilité de fait ou de droit, la clause

« pénale ne produit aucun effet en faveur de celui
« pour qui elle est écrite, et la chose demeure à
« l'héritier ou légataire contre qui le testateur a
« voulu sévir. »

« La raison de cette différence est très sensible. »

« Dans le cas d'un legs ou d'une institution sim-
« plement conditionnelle, c'est le légataire ou l'héri-
« tier institué qui est l'objet principal, et même
« unique, de la libéralité du testateur; conséquem-
« ment, c'est à lui que doit profiter le legs ou l'insti-
« tution déchargé par la loi d'une condition impos-
« sible ou déshonnête. »

« Dans le cas d'une disposition pénale, celui qui
« est désigné pour en recueillir l'effet, n'est pas le
« véritable objet de la libéralité; il ne doit en profi-
« ter, qu'en cas de contravention de la part de celui
« que le testateur a voulu gratifier principalement; et,
« comme il n'y a point de contravention lorsque la
« loi dispense de l'accomplissement du fait ordonné
« par l'homme, il faut nécessairement que la peine
« demeure sans effet. C'est aussi, ce que l'empereur
« Justinien a décidé de la manière la moins équivo-
« que : « Quod si aliquid facere vel legibus interdic-
« tum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile,
« jussus aliquis eorum fuerint; tunc sine ullo damno,
« etiam neglecto testatoris præcepto, servabitur. »
« (Loi 1, C. *De his quæ pænæ nomine*). »

« C'est donc à ce point que se réduisent toutes les
« difficultés relatives aux dispositions pénales. Le

« fait, sur lequel roule la peine, est-il licite et possible, ou ne l'est-il pas ? Dans la première hypothèse, la disposition est valable ; dans la seconde, elle est nulle et considérée comme non écrite. »

III. — Cette théorie de l'application de l'art. 900 à la clause pénale insérée dans les dispositions à titre gratuit avait d'ailleurs été posée en principe, comme nous l'avons déjà dit, par l'empereur Justinien lui-même et continuée jusqu'à nos jours (1).

Les auteurs que nous venons de citer ne font que la rapporter et s'y conformer. On se souvient, en effet, que c'est Justinien qui abrogea en 528 l'interdiction du legs pénal prohibé par Antonin-le-Pieux. M. Genty le rapporte lui-même et parlant du legs pénal il s'exprime en ces termes : « On voit que ces
« sortes de dispositions étaient simplement des dis-
« positions conditionnelles à la charge de l'héritier,
« et qui ne se distinguaient des autres dispositions éga-
« lement à sa charge, qu'en ce que la condition con-
« sistait dans un fait qui lui était imposé à lui et non
« à celui au profit de qui la disposition était faite. »

(1) Les rédacteurs du *Journal du Palais*, t. I, p. 766, ont pensé trouver dans un arrêt du 1^{er} août 1676 une solution contraire à la nôtre et prétendu que la loi d'Antonin devait être suivie dans les pays coutumiers.

Cet arrêt avait débouté les administrateurs de l'Hôtel-Dieu de leur demande en délivrance d'un legs, fait à leur profit par un sieur de Flécelles, pour le cas, arrivé, où la dame du Coudray, sa mère, instituée légataire à titre particulier, réclamerait sa part de propres et une créance qu'elle avait contre lui. — On peut voir la savante réfutation qu'a fait de cette objection Merlin, *Peine testamentaire*, IV.

Puis venant à parler des règles posées par Justinien, il ajoute : « On pense généralement que le Code « ne fait que reproduire, en cette matière, la législa- « tion de Justinien ; qu'en conséquence les disposi- « tions à titre de peine sont purement et simplement « des dispositions conditionnelles. »

Et quelques lignes plus loin, il déclare adopter en principe cette opinion. En présence de termes aussi clairs et d'un tel aveu de la part du plus chaud partisan de la théorie de la clause pénale, on s'explique difficilement comment il persiste à ne voir dans la clause pénale insérée dans les dispositions à titre gratuit qu'une sanction apposée à une disposition principale avec laquelle elle est intimement liée et restant étrangère au caractère même de la condition. Ne retrouve-t-on pas, en effet, dans le legs pénal, tel que l'envisage M. Genty, les éléments de la clause qui nous occupe ? N'y rencontre-t-on pas à la fois et la disposition principale et la prétendue sanction dont nous venons de parler ? Y a-t-il donc quelque raison d'appliquer au legs pénal les règles de l'article 900 du Code civil, quand on se refuse à les étendre à la clause pénale qui n'en diffère à aucun point de vue ? Appliquer ces règles au legs pénal comme le fait M. Genty lui-même, n'est-ce pas reconnaître implicitement la nécessité de leur application à la clause pénale ; n'est-ce pas un aveu formel en faveur de la théorie que l'on combat ?

IV. — A peine avons-nous formulé ce reproche

contre la théorie de la clause pénale, que tous ses partisans se soulèvent et se récrient. Comment, disent-ils, ne pas voir la grande différence qui distingue le legs pénal de la clause pénale proprement dite ? Et l'on croit même trouver dans cette prétendue confusion, le moyen de saper d'un seul coup dans leurs bases tous les arguments à l'appui de la théorie de l'option, en cherchant à montrer dans la prétendue erreur d'un prétendu point de départ, la fausseté des conséquences que l'on voudrait en faire découler.

« La question, dit M. Genty, que nous ne saurions
« trop citer, puisqu'il personnifie en quelque sorte la
« théorie que nous combattons, s'est obscurcie et elle
« a été mal résolue, suivant nous, par suite de l'as-
« similation qu'on a établie entre la clause dont il
« s'agit et les dispositions testamentaires faites à
« titre de peine dont il est question dans le droit
« romain, et qui jusqu'à Justinien étaient sans effet. »
Puis, précisant ce qu'il entend par ces dispositions
testamentaires, il ajoute : « On qualifiait ainsi les
« dispositions par lesquelles le testateur, dans le but
« de contraindre plus sûrement son héritier institué
« à faire ou à ne pas faire quelque chose, mettait à
« sa charge, pour le cas de désobéissance, une dispo-
« sition qui lui enlevait une partie du bénéfice de
« l'institution. Et les textes citent comme exemples
« les cas suivants : *Si mon héritier marie ou ne*
« *marie pas sa fille à Seïus, s'il ne m'élève pas un*

« monument dans tel délai, qu'il donne telle somme
« à Titius. »

Et en effet, la confusion pourrait paraître grande, si nous ne distinguons pas le legs pénal tel qu'il résulte de ces dernières citations, du genre de clause que nous avons alors donné comme exemple.

Mais, bien que cette confusion ne dût amener aucun résultat défavorable, cette confusion n'a jamais été faite, c'est, qu'en effet, le mot clause pénale est un *terme générique* comprenant toutes dispositions testamentaires faites à titre de peine et que le legs pénal n'est qu'une des *espèces* comprises dans ce *genre*. En effet, Merlin, après Justinien, s'est préoccupé de faire une classification des diverses espèces de la clause pénale. Après avoir posé en quelque sorte l'existence de la clause pénale, ou, comme il l'appelle de la *peine testamentaire* en ces termes : « Il arrive souvent qu'un testateur prononce des peines contre
« ses héritiers ou légataires pour le cas où ils n'exécuteraient pas ses dernières volontés. » Il passe à la division de ces peines : « Ces sortes de dispositions,
« dit-il, peuvent avoir trois objets, elles forment, ou
« une libéralité, ou une révocation de libéralité, ou
« une translation de libéralité :

« Si le testateur dit : *Je défends à mon héritier de
« donner sa fille en mariage à Titius, et s'il la lui
« donne, je veux qu'il paie mille écus à Sempronius. C'est un legs pénal.*

« Mais s'il dit : *Je révoque le legs que j'ai fait à*

« *Titius, au cas qu'il donne sa fille en mariage à Sempronius, c'est une révocation pénale.*

« Si enfin, il dispose de cette manière : *Je lègue à Caius cent écus, et s'il donne sa fille en mariage à Sempronius, je donne les mêmes cent écus à Titius. C'est là une translation pénale.*

« On doit appliquer les mêmes exemples aux institutions d'héritiers, aux fidéi-commis et à toute autre libéralité testamentaire. »

On voit, d'après ce qui vient d'être dit que le legs pénal, tel qu'il est envisagé par M. Genty, n'est qu'une des espèces comprises dans le genre clause pénale et rentre dans la première catégorie énoncée par Merlin. Si la clause privative dont nous avons toujours plus spécialement parlé, rentre tantôt dans la seconde, tantôt dans la troisième de ces catégories, suivant qu'elle consiste en une révocation pure et simple ou bien en une translation pénale, elle n'est pas moins une espèce du même genre et soumise aux mêmes règles que le legs pénal. Avons-nous besoin, après cela, d'entrer plus avant dans la discussion, de montrer que, dans le legs pénal, comme dans toute clause pénale en général, nous trouvons à la fois et la charge imposée à l'héritier ou au légataire et la peine apposée en cas d'inexécution. Ne voit-on pas que dans l'exemple cité par M. Genty : « Si mon héritier ne m'élève pas un monument dans un tel délai, qu'il donne telle somme à Titius, » il y a d'un côté, une charge imposée (l'élévation d'un monu-

ment) à la libéralité du testateur (l'héritage de ses biens qu'il ne retire pas à l'héritier), et de l'autre, une peine (le don d'une somme d'argent à Titius) en cas d'inexécution. Que trouve-t-on de plus dans l'exemple que nous avons jusqu'à présent suivi relatif au partage fait par l'ascendant au profit de ses enfants avec privation de la quotité disponible pour celui qui l'attaquerait ? N'avons-nous pas là, également d'un côté une charge (l'obligation de ne pas attaquer le partage) apposée à la libéralité (la répartition des biens de l'ascendant), et, de l'autre, une peine (la privation de la quotité disponible) en cas de contravention ? Donc, identité de caractère dans ces deux exemples, donc par suite, nécessité d'appliquer les mêmes règles. Il est vrai que dans ce dernier cas nous rencontrons une translation de la quotité disponible en faveur des enfants, qui n'ont pas attaqué le partage ; mais l'adjonction de cette seconde disposition ne change pas le caractère de la première, elle pourrait parfaitement ne pas exister sans modifier en rien la disposition qui la précède. Elle fait rentrer simplement la peine dans la troisième catégorie établie par Merlin, tandis qu'en l'absence de cette translation, elle resterait comprise dans la seconde. Mais, ainsi que le dit le même auteur, dans le dernier paragraphe cité, les règles à appliquer seront les mêmes.

C'est là une solution qui nous semble généralement admise. Qu'on ne nous objecte pas, en effet, l'opinion de M. Demolombe. Si cet auteur (t. XVIII, p. 248, n° 217

et suiv., déclare l'art. 900 inapplicable au legs pénal, c'est qu'il envisage ce dernier sous un point de vue tout-à-fait différent. Considérant le legs pénal, contrairement aux partisans de l'opinion que nous combattons, comme la disposition principale, et la charge ou condition, comme apposée audit legs, il se demande si, au cas où cette charge ou condition rentretrait dans les termes de l'art. 900, ce legs pénal devrait recevoir son exécution pure et simple.

« Primus, par exemple, dit-il, a fait une donation
« entre-vifs ou un legs à Secundus sous la condition
« qu'il renverrait sa femme; et il a ajouté que, faute
« par lui de remplir cette condition, il devrait payer
« 10,000 fr. à Tertius. » Ce legs de 10,000 fr., se demande M. Demolombe, fait au profit de Tertius doit-il être considéré comme pur et simple et exécuté en conséquence comme tel? Pour l'affirmative on pourrait raisonner ainsi :

« (a) Aux termes de l'art. 900, la condition contraire aux lois et aux mœurs est réputée non écrite et la libéralité devient ainsi pure et simple; or, le legs de 10,000 fr. au profit de Tertius est fait sous une condition de ce genre; donc, cette condition étant réputée non écrite, le legs devient par là pur et simple.

« (b) Objectera-t-on que ce legs n'a pas été inspiré par une pensée de bienfaisance en faveur de Tertius et qu'il n'est qu'un moyen employé pour contraindre Secundus à une action illicite, moyen dès

« lors lui-même illicite ? Mais, pourtant, c'est bien
« Tertius que le disposant a voulu avantager, il n'a
« pas dit Quartus ni Quintus, ni aucun autre, donc il
« y a là aussi une volonté libérale au profit de Tertius
« lui-même. » M. Demolombe ne croit pas toutefois
que cette doctrine soit exacte et son avis est au con-
traire que le legs de 10,000 fr. fait à Tertius doit,
dans ce cas, être considéré comme non avenu.

Les raisons qu'il en donne sont excellentes :
« Quand le législateur, dit-il, par l'art. 900, déclare
« non écrite la condition impossible ou illicite dans
« les donations entre-vifs et les testaments, il sup-
« pose évidemment que cette condition a été imposée
« à celui-là même qui a été gratifié de la donation
« ou du legs fait sous une telle condition ; il est tout
« simple alors et très logique que, cette condition
« étant effacée, la libéralité lui reste comme pure et
« simple. Or, au contraire, dans notre espèce, ce n'est
« pas à Tertius, à celui qui est gratifié du legs de
« 10,000 fr. que la condition illicite est imposée ;
« Tertius, lui ! n'est grevé d'aucune condition ni
« d'aucune charge, la condition, la charge, elle est
« imposée à Secundus, qui, loin d'être le bénéficiaire
« du legs de 10,000 fr., en deviendrait le débiteur,
« si la condition était réputée non écrite. »

« Donc, ajoute-t-il, cette hypothèse ne rentre pas
« dans les termes de l'art. 900 ni dans la théorie sur
« laquelle cet article est fondé. C'est qu'en effet, ce
« legs de 10,000 fr. au profit de Tertius, n'est pas,

« dans la réalité, un legs fait sous une condition,
« c'est un legs fait sous une peine, un legs pé-
« nal ! Voilà son véritable caractère. » Et rappor-
tant le principe admis par Justinien avec son excep-
tion, il conclut de cette dernière à la nullité du legs.

Sans doute, nous nous rallions sans hésiter à la solution donnée par M. Demolombe, nous admettons même en général les raisons qu'il donne à l'appui, mais nous sommes forcés de faire remarquer que c'est à tort, selon nous, qu'il indique le legs dont il traite comme un legs fait sous une peine. Le legs en question est un legs pénal, et tout autre chose est le legs pénal et le legs fait sous une peine, car le legs pénal contient en lui-même la peine édictée par le testateur, c'est la peine elle-même. D'où nous arrivons, mais par un chemin différent et par l'application de l'art. 900 du Code civil, à la même solution que M. Demolombe, et comme lui, nous disons : « Le legs de 10,000 fr. fait à Tertius ne
« peut lui être dû par Secundus qu'autant que
« celui-ci aura contrevenu à la condition qui lui
« a été imposée. Or, Secundus ne peut pas con-
« trevenir à une condition dont l'accomplissement
« lui est défendu par la loi elle-même, qui, vis-à-vis
« de lui, la tient pour non écrite ; donc la condition
« sous laquelle seulement Tertius pouvait avoir
« droit au legs ne peut pas s'accomplir. »

C'est là l'application pure et simple des règles de l'art. 900 auquel on devra toujours nécessairement

se reporter pour juger de la validité de toute clause pénale, comme de tout legs pénal (1).

V. — Cet article ne vient-il pas encore donner une nouvelle force à notre théorie par les considérations qui ont présidé à sa confection. Tous les auteurs ont cherché quel était le motif qui a dirigé le législateur, et les seules raisons plausibles, qu'on en ait données, semblent se résumer dans le respect attaché à la volonté du disposant. On a dit (2) que dans la dona-

(1) Balde, sur la loi 4, C. *De his quæ pœnæ nomine*, traite la question de savoir si celui qui n'a point contrevenu peut être puni par le testateur et porter la peine d'une contravention qui procède du fait d'un tiers. Il propose à ce sujet deux cas qu'il résoud pour la négative.

Voici le premier : Un testateur ordonne que ses exécuteurs testamentaires lui feront bâtir une chapelle dans un certain temps, et, faute de le faire, il veut que son héritier paie, par forme de peine, mille écus à une église ou à un hôpital. Après le décès du testateur, les exécuteurs laissent passer le temps prescrit, sans faire bâtir la chapelle. On demande la peine à l'héritier; question de savoir s'il en est tenu : Balde répond que non, parce que *pœna tenet culpæ autores et non alios*. C'est la raison qu'il en rend.

Dans le second cas, un testateur institue le fils de Titius pour son héritier, mais avec la clause que, si ce fils est troublé dans la jouissance de l'hérédité, il révoque son institution et nomme un autre à sa place. Le testateur décède; Titius, qui avait des prétentions de son chef sur la succession, se pourvoit contre le fils, et par ce moyen le trouble dans la possession des biens du défunt. On demande, par forme de peine, que le fils soit privé de l'hérédité. Balde décide qu'on n'y est pas fondé : « Si testator faciat me heredem, et « jubeat quod pater meus non me molestet, et in casu molestiæ me « privet hereditate, ejus modi privatio non valet. » En général, dit le même docteur « aut pœna indicitur inobedienti et valet; aut obedienti ob factum inobedientis et non valet. »

Nous n'hésitons pas à admettre ces solutions. Elles viennent même confirmer notre théorie, car la charge imposée à l'héritier ne dépend pas de sa volonté et dès lors il n'y a plus pour lui d'option possible.

(2) Voy. M. Demolombe, t. XVIII, p. 230, n^{os} 202 et suiv.

tion entre-vifs, comme dans le testament, la cause prédominante, c'est la volonté libérale, la volonté désintéressée, libre, spontanée, de conférer un bienfait. Les conditions ou charges que le disposant y ajoute ne sont généralement que des clauses accessoires auxquelles, dans sa pensée, la libéralité elle-même n'est pas subordonnée et qui n'empêchent pas qu'il ne se propose toujours pour but prédominant de gratifier le donataire ou le légataire. Or, cette intention finale ne serait pas réalisée, si, par le fait de l'insertion dans une libéralité d'une condition impossible ou illicite, cette libéralité devait être considérée elle-même comme impossible. Donc, on a pu penser que c'était se conformer à la volonté du disposant que d'effacer la condition accessoire pour faire prévaloir la disposition principale; cette disposition, il ne l'aurait sans doute pas faite, s'il n'avait pas voulu qu'elle fût valable; or, elle ne peut être valable qu'autant qu'elle sera séparée de cette condition, qui, au contraire, la rendrait nulle, et on semble être d'autant plus autorisé à supprimer en effet ces sortes de conditions que le testateur n'y saurait avoir d'intérêt « puisqu'elles sont impossibles et qu'elles ne constituent pas, en réalité, des conditions véritables. »

C'était l'argument de Doneau.

« Hærede sub impossibili conditione instituto,
« verba indicant testatorem voluisse hæredem, esse
« eum quem instituit; alioquin non instituisset.

« Proinde vult ea quoque sine quibus ille hæres esse
« non potest. (L. *illud*, ff. *De adquir. hæred.*). Jam
« vero non potest hæres esse, nisi detracta condi-
« tione impossibili ; quare hoc quoque velle testator
« intelligitur ut detrahatur. » (Comm. VI, 16, 18).

Ricard disait aussi :

« Dans le combat d'une prétendue condition qui
« ne peut subsister, et d'un legs qui a pour fonde-
« ment la volonté du défunt, il n'y a pas de diffi-
« culté que la condition doit s'évanouir..... vu que le
« testateur a témoigné qu'il aimait mieux que la
« chose appartînt au légataire qu'elle demeurât dans
« sa succession, de sorte que n'ayant eu la pensée
« de la lui ôter que dans l'évènement d'une condi-
« tion qui se détruit de soi-même, il n'y a pas de doute
« qu'elle doit lui demeurer absolument « quoniam
« magis legatarium aliquod commodum testator in
« hoc..... quam hæredem habere voluisset », dit la
« loi 37 au Digeste, *De conditionibus et demons-*
« *trationibus* (1). »

Sans doute, on a encore donné d'autres explica-
tions de l'art. 900 et M. Demante notamment (2),
donne pour raison de cet article relativement aux
conditions impossibles, la supposition d'erreur pro-
bable soit chez le testateur, soit des deux parts dans
la donation.

(1) Ricard, n° 223.

(2) Tome III, nos 16 et 16 bis, IV.

« Pour les conditions contraires aux lois et aux mœurs, c'était le seul moyen efficace, dit-il encore, d'ôter au donataire ou au légataire tout intérêt à se conformer à la volonté illicite du donateur ou du testateur, intérêt qui, au contraire, aurait subsisté jusqu'à un certain point si l'on eût donné à la condition l'effet d'annuler la donation ou le legs.

« Dans le système de la loi, le donateur seul est puni puisqu'il subit le dépouillement qu'il n'avait consenti que dans un but illicite. »— Cette idée d'une punition infligée au donateur est sans doute ancienne et *aucuns de nos plus graves docteurs ont voulu*, dit Ricard, *que la loi laisse subsister le legs contre la volonté du testateur..... et ce, en punissant sa témérité.....* Mais, ajoute fort justement Ricard, la radiation de la condition n'est effectuée, au contraire, que *dans la présomption de la volonté du testateur* (n° 225).

« Et en effet, s'écrie M. Demolombe, est-ce qu'une
« libéralité quelconque, donation entre-vifs ou tes-
« tament, peut exister sans la volonté ou plutôt con-
« tre la volonté même du disposant. »

« Plus enim tribui a prætore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluisset, absurdum est! » dit aussi Gaïus, L. 63, § 6, ff. *Ad Senatusc. Trebell.*

Sans doute, les raisons données par M. Demante ont une grande valeur, mais nous croyons, qu'en dernière analyse, c'est surtout d'après la volonté du

disposant lui-même, volonté par-dessus tout bienfaisante que les conditions impossibles ou illicites sont réputées non écrites.

Ainsi donc, s'il résulte de ce que nous venons d'exposer que la volonté du disposant est l'objet principal que le législateur a pris en considération, il en découle également que dans l'application à la pratique, on devra toujours chercher à se conformer le plus complètement possible à cette volonté. Quand donc, le testateur aura pris la précaution d'indiquer clairement sa volonté, comme dans le cas où, par l'apposition d'une clause pénale, il montrera l'importance qu'il ajoute à l'exécution de la charge ou de la condition qu'il impose, on devra chercher par tous les moyens possibles et non défendus par les lois à répondre à l'expression de cette volonté, toutes les fois qu'elle ne portera atteinte à aucune loi intéressant l'ordre public. Si même il venait à apparaître trop évidemment que le testateur a entendu subordonner sa libéralité à l'exécution absolue de la condition qu'il y insère, devrait-on, comme le fait remarquer M. Demolombe, annuler la libéralité elle-même. Mais c'est là une solution extrême à laquelle on ne devra recourir que dans le cas où la volonté clairement manifestée du testateur s'opposera expressément à l'admission des considérations que nous venons d'étudier. Dans tout autre cas, le principe doit recevoir son application, et, se conformant à l'interprétation du testament par le testateur lui-même, l'héritier

sera forcé ou d'exécuter la charge, ou de subir la peine : « Cum testator se ipsum glossat et interpretatur, a dit Mantica, non est necesse confugere ad aliam juris interpretationem.... » (Lib. 3, tit. I, n° 1).

Par ce moyen, la volonté du disposant recevra donc son entière exécution toutes les fois qu'elle n'ira pas directement contre l'une des prohibitions de l'article 900.

Il ne restera donc qu'à rechercher quelles dispositions seront réputées non écrites conformément à cet article.

Or, bien que cette distinction ait été niée par certains auteurs, il est aujourd'hui presque universellement admis que, par conditions contraires aux lois, le législateur n'a entendu que celles contraires aux lois intéressant l'ordre public (art. 6) (1).

Il n'y aura par suite aucune difficulté si la condition est contraire à un texte formel de ces lois auxquelles il n'est pas permis de déroger, comme étaient par exemple, sous le droit intermédiaire, les lois des 5 septembre 1791 et du 17 nivôse an II, comme l'est encore l'art. 1388 du Code civil, comme le sont tous les articles du Code pénal.

L'application de cet article sera encore facile, si la condition blesse manifestement ces principes essentiels de morale qui sont de tous les pays et de tous

(1) *Contrà* : Merlin, *Legs*, sect. III, § 3, n° 4.

lès temps et que Cujas appelait *les bonnes mœurs naturelles*.

Mais, d'un côté, pour être contraire à l'ordre public, il n'est pas toujours nécessaire qu'une condition soit prohibée par un texte de loi, et, d'un autre côté, les bonnes mœurs naturelles ne sont pas les seules qui puissent être blessées, il reste encore les bonnes mœurs civiles.

« Non tantum intelligimus, dit Cujas, contra bonos nos mores naturales, sed etiam contra civiles (1). »

Et c'est en parlant des conditions contraires à ces mœurs que Papinien disait : « Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (2). »

Ce sont ces conditions qu'il sera souvent difficile de reconnaître, mais la difficulté ne saurait nous arrêter, et toutes les fois qu'il s'agira d'une condition ne blessant ni les bonnes mœurs naturelles ni les bonnes mœurs civiles, d'une condition ne portant atteinte en aucune façon à l'ordre public, d'une condition, en un mot, ne froissant qu'un intérêt privé, l'art. 900 ne recevra plus son application et la volonté du testateur devra être intégralement suivie.

« Il est, dit Vazeille (3), dans les lois des dispositions d'intérêt privé qui n'importent pas essentiel-

(1) *Quest.*, Papin, lib. XVI, *Ad leg.*, 45, ff. *De cond. institut.*

(2) L. 16, ff. *De condit. institut.*

(3) Tome II, art. 900.

« lement à l'ordre public, auquel les particuliers
« peuvent renoncer et dont la renonciation peut être
« conséquemment l'objet d'une libéralité. C'est à re-
« connaître ces points d'intérêts susceptibles de re-
« nonciation, qu'il y a le plus de difficultés. »

C'est également l'opinion de Marcadé (1).

« Ce n'est pas de toute espèce de lois que l'art. 900
entend parler, dit-il, mais seulement de celles qui
sont relatives à l'ordre public, à l'intérêt général;
quant à celles qui ne règlent que des intérêts privés,
on sait qu'il est permis d'y déroger. »

Ainsi donc le doute sur ce point ne semble plus possible, il s'agira pour se prononcer en faveur de la validité ou de la nullité de la clause pénale insérée dans une disposition à titre gratuit, de rechercher si elle rentre dans la première ou la seconde de ces catégories, et, si l'on peut la comprendre dans cette dernière, il ne faudra pas hésiter à donner à la volonté du testateur toute la force qu'il a exprimé formellement l'intention de lui attribuer. « Cum testator se
« ipsum glossat et interpretatur, non est necesse
« confugere ad aliam juris interpretationem. »

Ou bien encore, comme le dit la Nouvelle XXII, chap. II, *Uti legassit quisque de sua re, ita jus esto.*

Comment d'ailleurs les partisans de la clause pénale prétendent-ils échapper à la distinction résultant de l'art. 900 du Code civil? C'est l'application, disent-

(1) Tome III, art. 900, n° 484, note 1.

ils, conformément à leur thèse, de l'art. 1227 qui doit ici avoir lieu; mais, n'est-il pas aussi évident qu'on ne saurait éviter par ce moyen la solution que nous avons donnée? N'est-il pas aujourd'hui généralement admis que l'art. 1227 suppose comme l'art. 900 des nullités d'ordre public; qu'aux termes de cet article et pour son application, l'obligation principale doit être entachée d'une nullité telle qu'elle n'ait pas d'existence valable aux yeux de la loi? Il ne saurait donc être invoqué contre la distinction que nous avons faite et l'on ne saurait en argumenter d'aucune façon lorsque le partage d'ascendants est seulement rescindable pour une cause qui ne concerne que l'intérêt particulier des enfants (1), alors le partage n'est pas nul, il n'est qu'annulable.

VI. — Or, nul doute que le principe même de la clause pénale ne contienne en lui-même rien de contraire aux bonnes mœurs ni aux lois d'ordre public.

Le caractère en effet de ces sortes de clauses consiste, ainsi que nous l'avons longuement expliqué en exposant la théorie que nous soutenons, en une simple option déferée à l'héritier, au légataire ou au donataire. Le disposant ne les contraint nullement, ainsi que nous croyons l'avoir suffisamment démontré, à ne pas faire un acte que la loi autorise, il ne les prive en aucune façon de l'un des droits qu'elle leur donne, c'est un simple choix qu'il leur propose.

(1) V. M. Laurent, t. II, n^{os} 474 et 483.

Libres de prendre le parti qu'ils jugeront convenable, ils devront nécessairement, si cette option ne blesse ni les bonnes mœurs, ni les lois contraires à l'ordre public, ou se conformer à la première disposition du testateur ou donateur et exécuter la charge qu'elle leur impose, ou bien souffrir la privation qu'il a édictée.

C'est à eux de peser de quel côté doit les pousser soit leur intérêt, soit encore mieux leur affection pour le *de cuius*, mais, leur choix une fois fait, ils ne peuvent en éviter les conséquences. Rien dans cette option, prise en elle-même et indépendamment des circonstances accessoires, d'illicite dans le sens que nous venons de donner à cette expression. C'est un simple intérêt privé qui peut être blessé, c'est peut-être une gêne lourde qui peut en résulter, mais ce n'est pas là un motif suffisant pour en prononcer la nullité.

La plupart des auteurs ont d'ailleurs admis la validité de cette option. Ricard (1) dont l'autorité est certes d'un grand poids dans la matière, s'exprime ainsi :

« On demande, dit-il, si le donateur ou le testateur
« peut interdire aux personnes qui ont intérêt de
« combattre la donation, la faculté de pouvoir le faire,
« et ce directement en l'ordonnant ainsi ou indirectement par apposition de peine ? Cette question

(1) Ricard, t. I, 3^e partie, chap. XII, n° 1549.

« paraît d'abord très difficile, parce qu'elle se trouve
« diversement agitée dans nos auteurs. Voilà néan-
« moins en peu de paroles de quelle façon elle doit
« être à mon avis expliquée.....

«
«

« Que si ce qu'on appelle peine est apposé par
« forme d'alternative, comme si le testateur, ayant
« légué ses propres dont la disposition lui est inter-
« dite par la coutume, déclare qu'il veut, qu'en cas
« que son héritier ne veuille pas se tenir à sa disposi-
« tion, le légataire prenne tous ses meubles et ac-
« quêts; de même que, si le testateur avait disposé
« de la propriété de tous ses biens et laissé l'usufruit
« à son héritier, il ajoute enfin avec une alternative,
« que si l'héritier n'agrée pas sa disposition, le legs
« sera réduit aux termes de la coutume, de sorte
« qu'il ne demeurera à l'héritier que la portion
« qu'elle lui réserve, il n'y a point de difficulté que
« cette disposition est valable et que l'héritier en doit
« consentir l'exécution en l'une ou en l'autre des
« deux manières, et même nous avons fait voir da-
« vantage au chapitre X de cette partie que, quand
« le testateur n'aurait pas en ce cas déclaré son inten-
« tion, en disposant d'une chose que la loi réserve
« en faveur de l'héritier, et spécifié, qu'en cas qu'il
« vienne à contester ce legs, son intention est qu'il
« soit pris sur le reste des biens dont il avait pu dis-
« poser, que cela ne laissait pas de s'ordonner de la

« sorte dans les cas que nous avons mentionnés en
« cet endroit. »

C'est ainsi que M. Genty, lui-même, rapporte que certaines coutumes admettaient la même théorie même au cas où la clause pénale n'était pas stipulée :

« La coutume de Poitou et celle d'Artois, dit-il dans
« son introduction historique, n° 31, ne permettaient
« pas aux ascendants de partager leurs propres sans
« le consentement des descendants. Mais un expé-
« dient proposé, dit-on, par Dumoulin et deux an-
« ciens avocats dans une consultation, fournit à la
« pratique le moyen d'autoriser ce partage sans le
« concours des descendants. L'ascendant donnait ses
« biens disponibles, c'est-à dire ses meubles et ac-
« quêts, à l'un de ses descendants, puis il faisait le
« partage de la totalité de son patrimoine, de ses
« propres, comme de ses acquêts et de ses meubles,
« et déclarait que le don n'aurait pas d'effet, si les
« descendants non donataires agréaient le partage.
« Or, ces derniers devaient, en ce cas, exécuter le
« partage ou perdre leurs droits aux meubles et ac-
« quêts; c'est du moins ce qu'on admettait univer-
« sellement.

« Ce fut là, dit un commentateur, un moyen que
« les arrêts ont autorisé en cette coutume (Poitou)
« pour en tempérer la rigueur et favoriser les der-
« nières volontés d'un père, qui veut, de son vivant,
« mettre la paix et l'union entre ses enfants, ou pour

« traduire nettement cette remarque et appeler les
« choses par leur nom, ce fut un moyen que la ju-
« risprudence consacra pour permettre de faire ce
« que la loi défendait.

« L'alternative de suivre le partage ou d'aban-
« donner tous les biens disponibles se suppléait
« même, ajoute Boucheul, lorsqu'elle n'était pas ex-
« primée. Un arrêt l'avait décidé ainsi. Telle est aussi
« la doctrine qu'énonce Coquille, à l'occasion du
« partage fait par le père de la succession de la mère.
« Les enfants doivent, en ce cas, suivant cet auteur,
« ou exécuter le partage, ou se contenter de la légi-
« time dans la succession de leur père. Valin ne va
« pas aussi loin, la clause pénale lui paraît néces-
« saire. »

Merlin, à son tour, rapporte que la clause priva-
tive était expressément adoptée par les Chartes gé-
nérales de Hainaut, et généralement admise dans
tout le royaume (1).

Bien plus, certaines coutumes voyaient, dans l'ac-
ception par l'héritier de ce qui lui était laissé par
le testament, un fait tenant lieu de clause privative,
de sorte que l'héritier était obligé d'exécuter le tes-
tament, à l'égard des biens indisponibles auxquels

(1) On appelait ainsi dans les testaments une clause par laquelle un testateur déclare que, si ses héritiers contreviennent à sa volonté, en réclamant les réserves coutumières dont il dispose à leur préjudice, il les prive de tous ses biens libres et veut qu'ils appartiennent à son légataire.

il était appelé par la loi, quand même le testateur n'aurait pas employé la clause privative pour faire respecter sa volonté.

Raparlier, sur le chapitre XXXII des Chartes générales du Hainaut, l'admet par rapport au droit commun et se prononce pour la négative à l'égard de la coutume qu'il commente.

De nombreux arrêts et des enquêtes par turbes, cités par cet auteur, indiquent clairement que cette clause était d'un usage habituel en Artois et dans la Flandre flamande (1).

Lors même qu'il refuse à la coutume de Hainaut de considérer comme les autres coutumes l'acceptation du testament comme tenant lieu de clause privative, Raparlier n'élève aucun doute sur la validité de cette clause qu'il considère au contraire comme fortement établie dans cette coutume. Merlin exprime la même opinion :

« On ne peut y disposer directement, dit-il (t. IV, « *Clause privative*, n° 1), à cause de mort, de ses « immeubles que de trois manières.

« 1° Par avis de père et de mère, ou partage entre « enfants. (V. *Testament*, sect. 2, § 3, art. 4).

(1) Enquête par turbes d'Arras du 17 avril 1638; arrêts du Parlement de Paris des 26 août 1693 et 14 juin 1704; arrêt du Parlement de Flandre du 23 octobre 1691. — *Id.* du 23 mars 1724; arrêt du grand Conseil de Malines du 16 juin 1680. — Voyez également : arrêts des 23 août 1662 et 30 juillet 1742. — *Id.* arrêt de cass. du 12 germinal an IX qui maintient la prohibition faite au fils aîné d'exercer son droit d'aînesse sous peine d'être privé de toute part dans les biens libres.

« 2° Par condition de manbournie. (V. ces mots).

« 3° Par la déshéritance que le testateur fait de ses
« immeubles entre les mains de la loi, ou justice
« seigneuriale dont ils relèvent, pour être vendus
« dans l'an de sa mort, à la diligence de ses exécu-
« teurs testamentaires, afin que le prix qui en pro-
« viendra soit employé à l'accomplissement du tes-
« tament (V. *déshéritance*).

« Mais ce que l'on ne peut faire directement en
« Hainaut que par l'une de ces trois voies, on peut,
« jusqu'à un certain point, le faire indirectement
« par une clause privative. Voici ce que portent à ce
« sujet les Chartes générales chap. XXXII, art. 1^{er}.
« Toutes personnes libres pourront disposer de leurs
« biens et actions mobilières par voie de testament.
« Mais, quant à fiefs et tous autres biens situés au
« pays de Hainaut, oresque (quoique) tenus de
« cours étrangères, nul n'en pourra disposer par
« testament, ni les charger de quelque somme de
« deniers, ni de rentes héritières ni viagères, au
« préjudice de ses vrais hoirs et successeurs, néan-
« moins un testateur pourra user de clause privative
« touchant ses biens meublés, en cas que ceux, à qui
« il les aurait laissés, allassent au contraire de son
« intention.....

«

« Ainsi par l'emploi de la clause privative, le testa-
« teur met ses héritiers dans la nécessité d'opter entre
« ce qui leur est laissé par le testament, et ce qui leur

« est dévolu par la loi. Si l'héritier accepte le testa-
« ment, il s'oblige par là-même, d'abandonner les
« immeubles dont le testateur a disposé, non pas à
« la vérité en nature, mais en équivalent, parce que
« l'acceptation qu'il a faite du testament, forme un
« quasi-contrat dont il ne résulte contre lui qu'une
« action personnelle et qu'en Hainaut les actions
« personnelles ne sont exécutoires que pour l'équi-
« valent. (V. ce mot). ».....
.....

Le même auteur, il est vrai, conteste que la solu-
tion que nous donnons à la clause pénale soit une
conséquence de l'alternative qu'elle présente et il
critique à ce sujet le plaidoyer de M. l'avocat général
Joly de Fleury du 28 août 1708, rapporté au *Journal des audiences*, à l'occasion d'une décision de la
Grand'Chambre, t. V, chap. XVII, p. 197, ainsi que
l'opinion de Ricard que nous avons citée plus
haut.

Il prétend, avec Furgole, que la clause dont il
s'agit doit avoir son exécution, parce qu'elle n'est pas
exclusivement pénale dans le sens de la loi, c'est-à-
dire, apposée en haine de l'héritier, mais qu'elle a
aussi pour but de gratifier le légataire.

Cette distinction, tendant à annuler les disposi-
tions faites uniquement en haine de l'héritier légat-
aire ou donataire, paraît, en effet, avoir été admise
dans l'ancien droit, et Godefroy exprimait ainsi le
legs pénal envisagé de cette sorte : « Si odio hære-

« dis id appositum est, pœnæ est, si, in favorem.
« legatarii, conditio. »

Merlin rapporte de nombreuses décisions judiciaires rendues dans ce sens (1), mais, ainsi que le fait remarquer l'arrêliste, à propos d'un arrêt de cassation en date du 22 décembre 1845, cette distinction, pleine de difficultés et d'hésitations en pratique, a été abolie par l'art. 900 du Code civil (2).

Depuis lors, la plupart des auteurs, se rattachant à l'opinion émise par Ricard, ont proclamé à l'envie la légitimité de l'option dont nous avons parlé. A peine est-il utile de passer en revue les opinions émises à ce sujet. Aubry et Rau s'expriment ainsi :

« On devrait également maintenir, disent-ils,
« comme renfermant une simple option la disposi-
« tion par laquelle un ascendant, en faisant un legs
« au profit d'un de ses descendants, aurait déclaré
« réduire ce dernier à la réserve, dans le cas où il
« attaquerait comme excessives les dispositions
« faites au profit d'autres personnes. »

Vazeille (3) prévoyant divers cas de clauses pénales, apposées notamment à l'obligation de renoncer à une succession échue, à l'interdiction de ne pas attaquer le partage fait par un ascendant de ses propres biens et de ceux de son épouse prédécédée, ne voit dans ces clauses pénales « qu'une option offerte à chaque

(1) Voy. *Peine testam.*, IX.

(2) Dev. 1846. 1. 5.

(3) Tome II, art. 900, nos 19 et 20.

héritier. » qu'il déclare absolument légitime et valable.

Troplong (1), citant Ricard et l'arrêt du 23 août 1662, rapporté par ce dernier, admet entièrement ses conclusions et ajoute que la jurisprudence a consacré cette doctrine.

En effet, les diverses décisions judiciaires, rendues en la matière, semblent unanimes, ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie, à proclamer la théorie que nous soutenons; qu'il nous suffise, en terminant, de citer le rapport, souvent consulté depuis, de M. le conseiller de Malleville à la Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt du 1^{er} mars 1830, rapporté plus bas et célèbre dans la question qui nous occupe :

« En thèse générale, dit-il, lorsqu'une disposition
« est radicalement nulle comme illicite, contraire
« aux mœurs ou à l'ordre public, la clause par
« laquelle un testateur chercherait à la faire main-
« tenir, serait également nulle. — Ainsi, lorsque le
« testateur dispose en faveur d'une personne indigne
« ou incapable; lorsqu'il étend sa disposition au-delà
« de ce que la loi lui permet, on a toujours jugé,
« avant et depuis le Code, que, dans ce cas, la clause,
« par laquelle il chercherait à forcer ses héritiers à
« respecter de pareilles dispositions, était radicale-
« ment nulle; qu'elle devait être regardée comme non
« apposée, parce qu'elle n'avait pour objet que d'é-

(1) Tome I, n° 268.

« luder la loi, que de faire prévaloir contre elle la vo-
« lonté d'un testateur arrogant (Ricard, *Traité des*
« *donat. part.*, III, n^{es} 1543 et suiv.; Rousseau de la
« Combe, v^o *Testament*, dist. 3). — Depuis le Code,
« on a jugé également que, lorsqu'une disposition
« testamentaire contenait une substitution, la clause
« par laquelle le testateur prétendait priver de sa
« succession l'héritier qui l'attaquerait, était elle-
« même illégale et n'avait aucune valeur (Rej. 30
« juillet 1827, aff. Suriray). — On a souvent frappé de
« la même réprobation la clause pénale par laquelle
« un testateur défend à ses héritiers d'arguer son
« testament de nullité, bien qu'il pèche par la forme;
« et je pense que ce n'est pas seulement parce que
« les formalités prescrites pour la validité des testa-
« ments tenaient au droit public, d'après les anciens
« principes, mais aussi parce qu'un testament, nul
« en la forme, est comme s'il n'existait pas (V. Ri-
« card, Rousseau, *loc. cit.*). — Mais, peut-être en
« devrait-il être autrement, lorsque le vice, dont
« est entachée la disposition principale, ne tient ni
« à l'ordre public, ni aux mœurs; lorsqu'il ne
« touche qu'à des intérêts privés, qu'à des droits
« auxquels il est permis de renoncer. Car, si l'héri-
« tier peut renoncer à ses droits, il semble que le
« testateur peut très bien lui en imposer l'obligation,
« en le privant de telle quotité de ses biens dispo-
« nibles, dans le cas où cet héritier préférerait exer-
« cer ses droits à la rigueur. — Telle est la position

« dans laquelle se trouvent les parties, lorsque le
« testateur dispose d'une chose qui appartient déjà
« à ses héritiers, ou qu'il mêle au partage de ses
« propres biens ceux qui dépendent d'une succession
« déjà ouverte en leur faveur; cette disposition est
« si peu contraire à l'ordre public qu'elle était autre-
« fois permise par le droit et, bien qu'elle excède
« aujourd'hui la faculté accordée au père de famille,
« il semble qu'elle n'est pas tellement nulle que le
« testateur ne puisse imposer à ses héritiers la con-
« dition de la respecter, lors, d'ailleurs, que, comme
« dans l'espèce, la clause pénale se trouve elle-même
« restreinte dans les limites du droit. »

Le rapport ajoute que :

« Si ces sortes de clauses pouvaient être annulées
« comme peines proprement dites, elles ont, du
« moins, été autorisées par la jurisprudence, lors-
« qu'on pouvait les considérer comme constituant
« une option ou alternative. — Bien que cela lui
« parût d'abord devoir souffrir quelque difficulté,
« Ricard enseigne que la peine, apposée par forme
« d'alternative, est valable, si ce qui est contenu en
« l'alternative n'excède pas la faculté de disposer,
« parce que cette alternative n'est pas proprement
« une peine, mais une disposition légitime par la-
« quelle le testateur a, en définitive, conformé sa
« volonté à la loi. (Ricard, n^{os} 1548 et suiv.). »

M. de Malleville rapporte ensuite l'arrêt cité par Ricard, en ces termes :

« La Cour a, depuis la première édition du livre,
« confirmé, dit Ricard, une disposition de cette qua-
« lité, encore qu'elle commençât *ab illicitis*, par
« arrêt intervenu en l'audience de la chambre de
« l'Edit du mercredi 23 août 1662, conformément
« aux conclusions de M. l'avocat général Talon dans
« cette espèce. Maître Charles Desmarests, ayocat à
« la Cour, faisant son testament, avait disposé de ses
« propres au profit de Madeleine Desmarests, sa sœur,
« quoique la coutume ne lui permît d'en léguer que
« le quint; mais il avait donné par le même testa-
« ment à ses autres présomptifs héritiers ses meubles
« et acquêts, dont il avait la liberté de disposer au
« profit de telles personnes que bon lui semblait : Et,
« prévoyant que ces derniers légataires, qui étaient
« habiles à lui succéder, pourraient éluder sa dispo-
« sition en renonçant aux legs qui leur avaient été
« faits, et en se portant ses héritiers, en laquelle qua-
« lité ils prendraient toujours les mêmes biens qui
« seraient rentrés dans la succession, et pourraient
« encore demander la réduction des propres, il or-
« donna qu'en cas que le legs, qu'il aurait fait de ses
« propres à Madeleine, fut contesté par les autres, il
« révoquait les legs qu'il avait faits à leur profit, et
« voulait que tout ce dont il pouvait disposer, appar-
« tint en ce cas à Madeleine; ce qui fut contesté par
« les autres, qui prétendaient que cette disposition,
« étant pénale, ne devait pas avoir d'effet, néanmoins
« elle fut confirmée par l'arrêt qui ordonna que le

« testament serait exécuté selon sa forme et teneur.
« Et, après la prononciation, ils déclarèrent qu'ils se
« tenaient aux quatre quints des propres et abandon-
« naient l'autre quint, ensemble les meubles et ac-
« quêts à Madeleine Desmarests. — Cette alternative
« n'était pas proprement une peine, mais une dispo-
« sition légitime par laquelle le testateur a conformé
« sa volonté à la coutume (1). »

« Depuis, ajoute M. de Malleville, la jurisprudence
paraît avoir consacré la même doctrine (2). »

C'est ce que nous allons bientôt voir dans la
deuxième partie.

CONCLUSION.

Si de la discussion qui précède, nous cherchons à
dégager les éléments et la nature même de la clause
pénale, nous la définirons *une disposition condition-
nelle pour le cas de contravention à la charge ou
condition imposée*, et, comme à toute disposition
conditionnelle, nous lui appliquerons les règles de
l'art. 900, en faisant la distinction, déjà développée,
entre les conditions blessant les lois d'ordre public
et celles portant atteinte au seul intérêt privé.

Nous dirons donc que, si la condition imposée par
le disposant est contraire à l'ordre public, la clause
pénale ne sera pas encourue, car elle n'est stipulée que

(1) Ricard, tome I, 3^e partie, chap. XII, n^o 1551.

(2) Dalloz, *Rép. alph.*, t. XVI, n^o 174.

pour le cas de contravention, et il ne peut pas y avoir de contravention lorsque la loi interdit l'accomplissement du fait ordonné par l'homme.

Si au contraire la condition ne blesse qu'un intérêt purement privé, nous n'hésiterons pas à admettre la validité de la clause pénale, car le bénéficiaire est alors absolument libre d'accomplir la condition et de renoncer au droit qu'il a de l'attaquer, puisque tout droit d'intérêt privé est susceptible de transaction; nous ne verrons là qu'une *option* essentiellement licite, qu'un choix légitime déferé au légataire ou donataire qui subira nécessairement les conséquences du parti qu'il aura pris, et par suite, nous appliquerons la solution donnée au chapitre IV (1).

(1) Dans un ouvrage paru ces jours derniers, M. Bartin, traitant de la théorie de l'option, rejette absolument la distinction que nous avons faite entre les conditions intéressant l'ordre public et celles ne blessant que l'intérêt privé. Il résume le principe du système dans cette formule : « Les droits pécuniaires qu'une condition ne peut nous enlever se distinguent par ce trait qu'on peut y voir une « garantie légale contre l'abus que fait l'auteur de la condition du « pouvoir de contracter ou de disposer. »

Par suite, il arrive nécessairement à quelques décisions différentes de celles que nous donnerons dans la deuxième partie, notamment au sujet de la réserve.

Mais cette formule ne nous séduit nullement. D'abord elle nous semble peu juridique, et il est peu probable qu'elle soit jamais venue à la pensée du législateur. C'est une conception ingénieuse, mais ne reposant sur aucun texte de loi; tandis que la solution que nous avons admise s'appuie sur l'art. 900, règle fondamentale en matière de dispositions à titre gratuit.

De plus il nous paraît difficile de faire rentrer, dans les termes de la formule donnée par M. Bartin, divers droits touchant à l'ordre

CHAPITRE V.

DE L'EFFET DE LA CLAUSE PÉNALE.

Étant admis la validité de la clause pénale, suivant les distinctions faites, ainsi que nous espérons l'avoir suffisamment démontré, il nous resterait à nous demander si, l'héritier encourt la peine, par cela seul qu'il contrevient à la charge qui lui est imposée; mais nous croyons avoir déjà d'avance répondu à la question : dire que, si la clause pénale repose sur une nullité d'ordre public, elle sera nulle elle-même et que,

public qu'il est impossible, de l'avis de tous, au disposant de léser : telles sont les règles touchant aux substitutions, à l'incapacité de recevoir, à la forme des dispositions, à la captation, etc. Les règles relatives à ces deux dernières n'ont-elles pas été établies dans l'intérêt du disposant? Il est vrai que M. Martin répond « qu'il s'agit alors de nous garantir contre l'espoir illégitime du disposant d'arriver à l'exécution de la condition par une voie détournée. » Mais alors, avec cette raison, nous pourrions faire rentrer dans la formule la plupart des conditions, car dans tous les cas il s'agira d'obtenir indirectement l'exécution de la condition.

D'autre part, si nous nous tournons vers les droits d'intérêt privé, qui, selon nous, sont susceptibles de renonciation, nous en verrons plusieurs rentrant dans la formule donnée par M. Martin : par exemple la clause pénale tendant à empêcher le bénéficiaire d'attaquer la disposition pour lésion de plus du quart, ou pour inégalité de composition des lots.

La raison qu'en donne M. Martin pour valider cette clause, est que la garantie n'est dirigée contre l'ascendant que comme auteur d'un partage et non comme disposant.

Cette explication est trop spécieuse; elle ne nous satisfait pas plus que la formule (Voir M. Martin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs notamment dans ses rapports avec la loi du 30 octobre 1886*, pages 193 et suivantes).

si au contraire, elle ne tend qu'à blesser un intérêt purement privé, elle sera valable, et ce, quelle que soit l'issue de l'action introduite, que l'héritier, le légataire ou le donataire triomphe ou succombe dans le procès intenté pour obtenir la décharge de la condition imposée, n'est-ce pas décider implicitement et nécessairement que, dans ce dernier cas, l'héritier devra supporter la peine édictée par le disposant, conséquence naturelle du libre choix qu'il aura fait.

Nous n'y reviendrions donc pas, si l'on n'avait élevé des difficultés à ce sujet. — Ricard, que nous avons déjà cité, en parlant de l'effet de la clause pénale, s'exprime ainsi :

« Il est pourtant véritable que, dans l'évènement, nous avons coutume de prendre ces peines écrites dans un testament pour comminatoires, et on se contente d'adjuger simplement le legs à celui auquel il est fait sans le profit de la peine (1). »

Il paraît, en effet, que, dans l'ancien droit, cette doctrine était généralement suivie, et la Cour de Gand (18 avril 1863) invoque l'autorité de nos anciens jurisconsultes et de la pratique judiciaire.

Comme le dit M. Laurent, lequel présente parfaitement la question, il est inutile de discuter ces témoignages; il faudrait commencer par prouver que les auteurs du Code ont entendu maintenir l'ancien droit.

(1) Ricard, t. I, 3^e partie, chap. XII, n° 1548.

Or, le Code ne prévoit pas la difficulté et les travaux préparatoires n'en disent rien. La question doit donc être décidée d'après les principes et, à ce point de vue, elle n'est pas douteuse.

Il résulte de l'art. 1231 que le juge ne peut pas modifier la peine conventionnelle, il ne pourrait donc, à plus forte raison, l'écarter comme une simple menace, or, aucun motif ne permet de considérer les peines écrites dans les testaments ou donations comme une menace, alors qu'elles n'ont pas ce seul caractère dans les conventions. Ce qui est vrai de ces dernières, doit aussi l'être, à *fortiori*, des premières ; cela est décisif. « D'ailleurs, ajoute M. Laurent, à vrai dire, l'arrêt de la Cour de Gand (que nous avons cité) n'est pas un arrêt de principes, c'est une décision de fait que les circonstances révoltantes de la cause ont arrachées à la conscience des magistrats. Déféré à la Cour de cassation, l'arrêt a dû être cassé (10 mars 1864) (1). » — Ricard lui-même, malgré l'opinion générale émise plus haut, y apportait un tempérament :

« Il s'est, toutefois, trouvé des rencontres, ajoute-t-il, *loc. cit.*, auxquelles la Cour, dans le cas d'une vexation extraordinaire, a adjugé de semblables peines, particulièrement lorsqu'elles sont modiques, comme faisant fonction de dommages-intérêts. Nous en avons, dans notre famille, un exem-

(1) Dalloz, 1864. 2. 81.

« ple et j'ai, en mon particulier, profité d'une rente
« qui m'a été donnée par contrat de mariage, la-
« quelle procédait d'une pareille peine adjugée en
« cette espèce : Maître Raoul Ricard, mon père et
« bienfaiteur, était neveu d'une femme qui avait
« des magistrats souverains pour habiles à lui suc-
« céder : faisant son testament, elle reconnaît les
« obligations qu'elle avait à mon père et fait quel-
« ques dispositions en sa faveur, avec cette précau-
« tion, qu'en prévoyant le crédit et l'autorité de ses
« héritiers, et qu'ils ne manqueraient pas de contes-
« ter ce legs, elle déclara qu'elle voulait, qu'au cas
« que mon père fut traversé dans la délivrance et
« jouissance de son legs par ses héritiers, il eût,
« outre son legs principal, une rente de cent livres
« par chacun an, en conséquence de quoi, ce testa-
« ment ayant été traversé avec toutes les vexations
« imaginables, mon père présenta incidemment sa
« requête, à ce qu'en confirmant le testament, la
« peine y contenue fut pareillement adjugée; ce qui
« fut fait, en l'un et l'autre chef, par l'arrêt qui in-
« tervint le 25 mars 1622. »

Cela nous amène à nous demander, si, alors même que la peine n'est pas considérée comme une simple menace, les juges n'ont pas un certain pouvoir d'appréciation qui leur permet d'en refuser l'application par suite des circonstances de la cause.

On lit, dans les considérants d'un arrêt de la Cour d'Amiens du 13 août 1846, que la peine n'est pas

encourue quand la contestation a une cause légitime. Sans doute, cette solution est vraie lorsqu'il s'agit d'une clause pénale par laquelle le testateur a voulu couvrir une nullité d'ordre public, car alors il y a une cause légitime de contestation et, par suite, la peine ne doit être encourue que si la demande en nullité est *rejetée*.

Quand la contestation, au contraire, est de pur intérêt privé, il ne peut plus être question de cause légitime, les héritiers ont été libres de choisir entre deux alternatives : attaquer le testament ou le respecter. S'ils prennent le premier parti ils acceptent par cela même la peine.

Mais, dira-t-on encore que, dans ce cas, les tribunaux peuvent prendre en considération les circonstances particulières de la cause? Nous ne le croyons pas, ils n'ont que le droit d'interpréter la clause, conformément aux principes généraux qui régissent l'interprétation des actes.

Disons, enfin, avec M. Laurent, que s'il y avait doute sur le sens de la clause pénale, la peine ne devrait pas être encourue.

« On ne peut pas, dit-il, faire un crime à l'héritier
« d'avoir méconnu la volonté du défunt, alors que
« cette volonté est douteuse, le doute doit s'inter-
« prêter en faveur de celui qui est accusé d'avoir
« manqué de respect au testateur; là, où il n'y a pas
« de faute, on ne peut pas appliquer de peine, car il
« n'y a pas de contravention.

« Puisqu'il s'agit de contravention à la volonté du
« testateur, il faut, avant tout, examiner quelle est
« cette volonté. D'ordinaire, la volonté du défunt est
« impérieuse, il faut s'y tenir. Mais s'il résulte des
« termes de l'acte, que le père n'a entendu priver
« un de ses descendants d'un legs, qu'au cas où
« son partage a été attaqué par esprit de tracas-
« serie, envie de nuire et contre son intérêt bien
« entendu, dans ce cas, le fait seul du tuteur qui
« attaque le partage, en se faisant autoriser par
« le conseil de famille, et dans l'intérêt de son pu-
« pille, ne doit pas entraîner la déchéance du legs ;
« ce serait appliquer la peine contre la volonté de
« celui qui l'a établie. Ce pouvoir d'interprétation
« n'est pas sans danger, les tribunaux y peuvent
« mettre trop d'indulgence, ils doivent toujours se
« rappeler qu'ils sont, non des ministres d'équité,
« mais des interprètes de la loi.

« Quand le testateur précise les dispositions qu'il
« défend d'attaquer, la peine doit être restreinte aux
« cas qu'il a prévus, car il est de l'essence de toute
« peine d'être de stricte interprétation. »

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATION DU PRINCIPE.

« Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. »

(L. 38, ff. *De pactis*).

« Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt, renunciare. »

(L. 29, Cod. *De pactis*).

Après l'exposé de la nature et du principe de la clause pénale, ainsi que des règles à suivre lorsqu'il s'agit d'en apprécier la valeur, il ne nous reste plus qu'à en voir les applications les plus intéressantes qui se sont présentées dans la pratique.

Est-il utile de dire que nous n'aurons pas à nous occuper des conditions impossibles dans le fait, ou, comme le dit Delvincourt, physiquement impossibles : on n'en trouve plus d'exemples que dans l'école. Un donateur qui dirait : « Je vous donne 3,000 fr., à condition que vous ferez un voyage dans la lune », serait vraisemblablement un insensé, dont la disposition serait annulée suivant l'art. 901. « Hoc prius inspiciendum est ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset, » disait Modestin (L. 27, ff, D. *Condit. instit.*).

Nous n'aurons donc à nous occuper de l'art. 900 qu'en ce qu'il concerne les conditions impossibles

juridiquement, celles contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, c'est-à-dire aux conditions impossibles moralement, car, suivant la belle pensée de Papinien, de telles conditions sont impossibles pour l'homme de bien (L. 45).

Pour mettre un peu d'ordre dans les multiples décisions rendues en la matière, nous diviserons cette partie en deux chapitres : le premier aura trait aux cas dans lesquels la clause pénale est nulle ; le second, à ceux dans lesquels elle est valable ; c'est-à-dire que, d'après les principes posés ci-dessus, nous parlerons dans le premier de la clause pénale apposée à une disposition portant atteinte à l'ordre public, tandis que dans le second, nous traiterons de la clause pénale jointe à une disposition ne concernant que l'intérêt privé.

CHAPITRE PREMIER.

DES CAS DANS LESQUELS LA CLAUSE PÉNALE EST NULLE.

Dans les diverses hypothèses à étudier dans ce chapitre, il est à remarquer que la solution sera la même quelle que soit la théorie que l'on adopte, car si la nullité de la clause pénale est admise par la théorie de l'option, à plus forte raison le sera-t-elle par celle de la *clause pénale*.

I. — Une des dispositions de la loi qui, dans les conditions actuelles de notre droit, intéresse au plus haut point l'ordre public, qui l'a fait établir, est la prohibition des substitutions; c'est un point indiscutable qu'il est inutile de développer.

Si le testateur ou donateur a donc apposé une clause pénale à une disposition contenant une substitution, il ne sera pas douteux que cette clause pénale sera sans force. Le testateur aura beau édicter telle peine qu'il lui plaira contre ceux qui attaqueraient son testament, ce dernier, étant entaché d'une nullité intéressant, pour les considérations les plus graves, l'ordre public et l'intérêt général, la clause pénale ne sera pas valable, car on ne saurait renoncer à une prohibition d'ordre public et, comme nous l'avons dit, si le testateur peut défendre à son héritier d'attaquer une disposition blessant son intérêt

privé, il ne peut le forcer à respecter celle qui porterait atteinte à l'intérêt général : Il ne peut être question de punir l'héritier pour avoir usé d'un droit dont la loi lui fait presque un devoir. On ne tiendra donc pas compte d'une clause semblable qui, selon l'expression de Ricard, n'est inspirée que « par un « esprit d'arrogance qui n'a n'autre but que de détruire la loi et qui doit être censée non écrite. » (*Des donations*, 3^e partie, chap. XII, n^o 1546).

Il est d'autant plus nécessaire d'annuler la clause pénale apposée à une telle disposition que, si elle était maintenue, les héritiers n'ayant pas d'intérêt à attaquer la substitution, ou même, trouvant un avantage à la respecter, s'abstiendraient probablement toujours, et l'on se trouverait alors dans l'alternative, ou de maintenir la substitution avec ses inconvénients, ou de restreindre à une seule libéralité la double libéralité renfermée dans la disposition, et ce, contrairement à la volonté du testateur, qui n'avait établi cette restriction que pour le cas où son testament serait attaqué.

C'est conformément à ces principes que la jurisprudence a annulé la clause pénale dans tous les cas où elle l'a rencontrée jointe à une substitution prohibée.

C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1827.

Voici dans quelles conditions se présentait l'affaire soumise à la Cour

Le 18 juin 1820, la dame de Suriray fait son testament dans lequel elle lègue par préciput à Gabriel de Suriray, son fils aîné, le quart de ses biens. « Que
« je fixe, dit la testatrice, sur la terre de Suriray,
« désirant que cette terre lui reste en qualité d'aîné.
« Et dans le cas où Gabriel décéderait sans enfants,
« je lui défends de transmettre l'avantage précipu-
« taire, que je lui fais, à une famille étrangère, mais
« de le remettre à ses frères et sœurs, ou à leurs
« héritiers légitimes..... Si mes autres enfants met-
« tent obstacle à l'exécution de mon testament, je
« les prive de tous droits à ma succession, etc. » —
Ce legs préciputaire fut néanmoins attaqué, après le décès de la dame de Suriray, par ses autres enfants, comme entaché de substitution prohibée. Ils ont soutenu, en outre, que la clause pénale d'exhérédation, insérée contre eux dans le testament pour le cas où ils viendraient à l'attaquer, était nulle elle-même et que cette nullité entraînait de plus celle de la disposition toute entière.

Le 31 mai 1824, intervint un jugement du tribunal de Marmande qui annula en effet le testament et qui fut confirmé par arrêt de la Cour royale d'Agen du 26 juillet 1825.

Gabriel de Suriray s'est pourvu en cassation pour fausse application de l'art. 896 du Code civil. Il a cherché à établir que, dans l'espèce, il n'y avait pas de substitution contenant charge de conserver et de rendre, qu'il n'y avait que fidéi-commis conscien-

cieux, c'est-à-dire, prière au légataire, pour le cas où il décèderait sans enfants, de faire en sorte que les biens légués reviennent à ses frères et sœurs ou à leurs héritiers.

La Cour suprême a rendu l'arrêt suivant :

« LA COUR : — Attendu que la Cour royale d'Agen,
« examinant et appréciant avec soin les diverses
« clauses du testament de la dame de Suriray du
« 18 juin 1820, a déclaré que ce testament renfermait
« la charge expresse de conserver et de rendre à des
« tiers ; que la testatrice, bien loin de s'être bornée à
« de simples prières et d'avoir dégagé l'institution de
« la substitution qu'elle cherchait à établir par tous
« les moyens que lui suggérait sa pensée, avait ex-
« primé sa volonté sur ce point de manière à la faire
« prévaloir sur celles de la loi en infligeant des
« peines graves, portées jusqu'à l'exhérédation en-
« tière de ceux de ses enfants qui ne respecteraient
« pas ses dispositions ; qu'en déclarant, par suite de
« cette interprétation du testament dont il s'agissait,
« qu'il contenait une substitution réprouvée par la
« disposition de l'art. 896 du Code civil, qui anéan-
« tissait également l'institution, en n'admettant pas
« non plus les effets des clauses pénales renfermées
« dans ce testament comme moyen employé par la
« dame Suriray pour mettre cette substitution à l'abri
« de toute attaque et en déclarant le tout nul, l'arrêt
« attaqué n'a fait qu'une exacte application de la loi
« existant à l'époque de l'ouverture de la succession.

« Rejette, etc... (1). »

De même, encore, la Cour de Bordeaux, par arrêt du 30 juillet 1832, se prononce dans le même sens.

« LA COUR : — Attendu qu'il est établi au procès, « et reconnu, d'ailleurs, par toutes les parties, que le « testament fait par Pierre Gachet Sainte-Croix, le « 2 juillet 1825, au profit des sieurs Cazade et Durand, est entaché d'une substitution prohibée par « l'art. 896 du Code civil ; — Attendu que la disposition du testament du 4 du même mois de juillet, « par laquelle Gachet Sainte-Croix institue pour son « héritier Sernin Gachet, dans le cas où son testament du 2 juillet serait attaqué par son héritière « naturelle, la demoiselle Truffin, est nulle et illicite, « comme contenant une clause pénale ayant pour « objet d'assurer l'exécution du testament du 2 juillet, contrairement aux dispositions de l'article « précité. — Met l'appel au néant, etc... (2). »

C'est ainsi encore que s'est prononcée la Cour de Nancy dans un arrêt du 9 décembre 1872 (S. 72. 2. 71) au sujet d'un testament de M^{lle} Serrier, qui contenait une disposition et une clause de ce genre.

La question n'est donc pas douteuse lorsqu'il s'agit d'une clause pénale apposée à une substitution (3).

(1) Sir. 1825-1827. 1. 653.

(2) S. 1833. 2. 154.

(3) Toullier, t. VI, n° 815 ; t. X, n° 289. — Rolland de Villargues, *Des subs.*, n° 343. — Coin-Delisle, *Comment. analyt. sur l'art. 896*,

Mais on s'est demandé si, lorsqu'un testateur, ayant prévu que ses dispositions pourraient être attaquées comme renfermant une substitution prohibée, a déclaré que, ce cas arrivant, il révoquait la disposition accessoire pour que la disposition principale ait son effet, cette clause devait être maintenue par les tribunaux.

La Cour de Paris, par arrêt du 3 mars 1820 (1) (affaire Hermel contre Bourguignon) s'est prononcée pour l'affirmative. De même, la Cour de cassation, par arrêt du 8 juillet 1834 (2) (affaire Simon contre Simon), a décidé que, si la disposition, entachée de substitution, est suivie d'une clause par laquelle le testateur, dans la prévision du cas où sa libéralité serait attaquée, comme renfermant une substitution prohibée, exprime son intention de laisser son héritier institué libre de disposer de sa succession en faveur de qui bon lui semblera, cette clause faisant disparaître le vice de la substitution, l'institution doit recevoir son plein et entier effet.

Les motifs qui nous ont poussés à annuler la clause pénale apposée à une substitution, n'existent plus, en effet, dans la circonstance.

Tout à l'heure c'était une sorte de révolte contre la loi et, la maintenir, était s'exposer, soit à violer

n° 50. — M. Laurent, t. XI, n° 475. — M. Demolombe, t. XVIII, n° 187. — Aubry et Rau, t. VI, p. 32 et 33, note 63.

(1) Dev. 1819-1821. 2. 217.

(2) Dev. 34. 1. 754.

l'intérêt public qui interdit l'exécution des substitutions, soit à méconnaître la volonté du testateur, en n'exécutant qu'une partie seulement de la double et indivisible disposition qu'il avait faite. Ici, au contraire, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe plus, loin d'être une révolte contre la loi, la clause dont s'agit est une marque de déférence envers elle et, de plus, on peut alors diviser la disposition faite par le testateur, sans craindre d'aller contre sa volonté, puisqu'il a lui-même indiqué cette solution pour le cas où la première ne pourrait pas se réaliser.

Il serait, d'ailleurs, d'une extrême rigueur d'annuler une telle clause, lorsqu'en présence des nuances, souvent délicates et subtiles, qui séparent la substitution prohibée d'avec certaines autres dispositions permises, le disposant déclare loyalement qu'il n'entend pas braver la loi et que, si sa disposition ne peut valoir, telle qu'il l'a écrite, il entend la faire autrement.

Les incertitudes que peut présenter, dans l'application, la distinction à faire entre la clause pénale proprement dite et l'espèce de clause dont nous venons de parler, ne saurait être une raison pour annuler cette dernière (1).

On peut même prévoir l'hypothèse d'un testament dans lequel le disposant a inséré sciemment une substitution évidente, mais cela, sous l'empire d'une

(1) *Contra* : MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 32 et 33, notes 61 et 62.

loi qui l'y autorisait : il a fait, par exemple, son testament sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, il a chargé le grevé de substitution de rendre après sa mort à ses enfants, nés et à naître, jusqu'au deuxième degré, puis, prévoyant qu'une loi postérieure peut interdire les substitutions, il a ajouté que, ce cas arrivant, il entendait instituer le grevé de substitution, héritier pur et simple.

Nul doute qu'après la loi nouvelle du 7 mai 1849, cette clause dût recevoir son exécution.

Il serait cruel d'annuler une disposition si honnête et si sincère dans une matière, où nous avons vu tour à tour tant de régimes venir défaire ce que les régimes précédents avaient fait, défendre ce qu'ils avaient permis (1).

II. — Une clause, touchant de très près l'hypothèse précédente, est celle qui consiste dans la condition imposée au donataire ou au légataire, de ne pas aliéner les biens donnés, avec adjonction d'une clause pénale en cas de contravention. Nul doute qu'une disposition de ce genre intéresse essentiellement l'ordre public, puisqu'elle tend à entraver indéfiniment la circulation des biens ; résultat directement contraire à l'intérêt général (2).

Toutefois, suivant plusieurs auteurs (Troplong, n° 271), la prohibition n'est censée contraire à la li-

(1) V. Demolombe, t. XVIII, n°s 488-489.

(2) V. Henrys, t. I, l. 3, chap. IV, *Quest.* 49. — Toullier, t. V, n° 51 et t. VI, n° 488. — M. Demolombe, t. XVIII, n° 293.

berté et ne doit être réputée non écrite que lorsqu'elle est absolue.

Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite pour un temps limité, par exemple, pendant cinq ans. Alors, elle peut avoir été imposée pour de bonnes raisons de prévoyance, de convenance, d'économie domestique.

C'est, d'ailleurs, un principe généralement admis par la jurisprudence.

La difficulté est de déterminer la limite de ces restrictions et d'éviter, autant que possible, de substituer, à une règle absolue, l'arbitraire variable et capricieux des tribunaux. De nombreuses décisions ont été rendues sur cette matière :

Ainsi, la Cour de Lyon a décidé par arrêt du 7 avril 1835 (1) que la clause portant prohibition aux héritiers d'administrer, d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la succession pendant 40 ans, doit être réputée non écrite, comme contraire à l'ordre public, en frappant les biens d'une espèce de main-morte.

De même, la Cour de Paris, 11 mars 1836 (2), a réputé non écrite, pour les mêmes raisons, la clause, prohibant aux légataires, de vendre les biens de la succession, jusqu'à ce qu'ils aient tous atteint leur majorité.

Pareillement, le tribunal de Douai, 29 décembre 1847 (3), a donné la même solution relativement à

(1) Dalloz, *Rép. alph. de légis.*, t. XVI, n° 179.

(2) Dalloz, *Rép. alph. de légis.*, t. XVI, n° 179.

(3) Dalloz, 48. 2. 68.

la prohibition, faite à un légataire, d'aliéner les choses léguées avant qu'il ait atteint l'âge de 30 ans.

Si, au contraire, au lieu de prohiber l'aliénation des biens donnés, le donateur ou le testateur s'est borné à restreindre le droit du donataire ou du légataire, soit en mettant des conditions à l'aliénation, soit en prohibant de disposer en faveur d'une personne déterminée, soit même, en défendant l'aliénation d'une manière générale pendant un temps limité, pour des raisons sages et sérieuses, comme la sauvegarde du droit de retour, il nous semble qu'il faudra, avec la jurisprudence, reconnaître que la condition ne présente rien d'illicite.

Par exemple, il a été jugé (Limoges 1^{er} juillet 1840) (1) que la clause obligeant l'un des co-partageants, dans le cas où il voudrait aliéner son lot, à en proposer préalablement l'échange contre l'un de ceux échus à ses co-partageants, est parfaitement valable.

Pareillement, il a été décidé que, si la prohibition d'aliéner n'était que temporaire et imposée dans l'intérêt d'un tiers, du donataire, ou même du *disposant*, par exemple, pour sauvegarder le droit de retour que ce dernier se serait réservé, elle devrait être respectée tant que le résultat désiré serait susceptible de se réaliser (Douai, 23 juin 1851) (2).

La Cour d'Angers, par arrêt du 29 juin 1842 (3) a

(1) Dalloz, *Rép. alph. de légis.*, t. XVI, n° 180.

(2) Dalloz, 52. 2. 245.

(3) Dev. 1842. 2. 400.

jugé qu'un père faisant le partage anticipé de ses biens entre ses enfants, peut imposer, aux donataires, l'obligation de ne pas vendre ses biens pendant sa vie, sans son consentement.

On peut rattacher, à la prohibition d'aliéner, les clauses contrevenant au principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Ce principe, étant d'ordre public, il s'ensuit que la défense absolue, faite par le testateur à ses héritiers de partager ses biens, devrait être réputée non écrite. C'est la solution donnée par la généralité des auteurs et par la jurisprudence.

Mais, si, au lieu de cette prohibition absolue, le testateur s'est borné à suspendre le partage, nous disons, comme pour la prohibition d'aliéner temporaire, que cette clause n'a, en elle, rien d'illicite, et, en effet, l'opinion générale est que, dans ce cas, la clause est obligatoire d'une manière absolue, si la suspension n'excède pas cinq ans et, temporairement, en ce sens, qu'elle est réductible à ce terme, quand elle le dépasse.

Cette solution a, d'ailleurs, été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1836, aux termes duquel la clause d'un testament qui impose au légataire à titre universel, à peine de nullité du legs, l'obligation de ne pas provoquer le partage de la succession de la testatrice, pendant la vie de son mari, est obligatoire pendant cinq ans à partir du décès, et ne peut être réputée non écrite,

comme contraire à la loi, de sorte que, la nullité du legs doit être prononcée, si le légataire a formé contre le mari une demande en partage aussitôt après la mort de la femme.

Voici l'hypothèse :

Le 30 mai 1825, la dame Salmon fit un testament par lequel elle lègue à la dame Rousset, sa nièce, la moitié d'une maison faisant partie de la communauté existant entre la testatrice et son mari; plus la moitié de tous ses autres biens immeubles.

Ce legs était fait « sous la stricte exécution, porte
« le testament, et l'accomplissement exact des obligations suivantes, à peine de nullité du legs :
« 1^o De laisser jouir le sieur Salmon, pendant sa vie,
« de tous les biens composant ledit legs (biens dont
« l'usufruit devait, aux termes du contrat de mariage
« des deux époux, appartenir au survivant d'eux);
« 2^o De ne pouvoir, tant que durera cette jouissance,
« provoquer contre lui aucun partage ni licitation,
« en sorte qu'il ne soit pas tourmenté de son vivant,
« ni exposé à supporter aucuns frais, l'intention de la
« testatrice étant qu'il soit toujours tranquille..... »

En 1830, décès de la dame Salmon, laissant pour héritiers, de ce dont elle n'avait pas disposé, la dame Rousset, la dame Drouot et le sieur Mauvet.

Sans égard à la défense faite par le testament, la dame Rousset forma de suite contre le sieur Salmon, mari de la testatrice, et contre ses co-héritiers, une demande en partage de la communauté et de la

succession, à l'effet d'obtenir l'émolument de son legs et sa part héréditaire.

A cette demande, le sieur Salmon et les autres défendeurs, opposèrent la clause pénale, portant défense à la dame Rousset de provoquer le partage des biens de la communauté, et conclurent à ce qu'en conformité de cette clause, la dame Rousset fût déclarée déchuë de son legs pour inaccomplissement de la condition apposée.

La dame Rousset soutint que la clause dont il s'agit était nulle et devait être réputée non écrite, personne n'étant tenu de rester, malgré soi, dans l'indivision, et, qu'ainsi, elle avait pu, nonobstant la défense qui lui était faite, réclamer le partage, tant de la communauté, que de la succession.

Le 30 décembre 1831, intervint un jugement du tribunal de Sens, qui déclara les époux Rousset non recevables et leur fit l'application de la clause pénale; et, sur l'appel interjeté, la Cour de Paris, confirma purement et simplement le jugement précédent par arrêt du 7 février 1833.

La dame Rousset s'est pourvue en cassation pour violation des art. 815 et 900 du Code civil, et le 20 janvier 1836 la Cour suprême a rendu un arrêt, qu'il n'est pas inutile de rapporter, vu sa brièveté :

« LA COUR : — Sur le 1^{er} moyen : — Considérant
« que les conditions apposées aux libéralités doivent
« être d'autant plus religieusement accomplies, que
« les motifs sont plus respectables; que l'art. 900 ne

« répute non écrites que celles impossibles, contraires
« aux lois et aux mœurs ; que celle imposée par la
« testatrice n'est point de ce nombre ; que cette con-
« dition de ne point demander partage contre le mari
« lui seul, n'était même qu'un moyen de gratifier la
« légataire pour faire assurer par elle la tranquillité
« du mari, tranquillité que la testatrice aurait pu
« assurer elle-même en donnant tous ses biens au
« mari ; — qu'aux termes du § 2 de l'art. 815, on
« peut convenir de suspendre le partage pendant
« cinq ans, et que cette suspension peut être renou-
« velée ; qu'à plus forte raison, peut-elle être l'objet
« d'une condition apposée à une libéralité ; — que la
« légataire ne peut argumenter de ces mots du § 1^{er}
« de l'art. 815, « nul ne peut être contraint à rester
« dans l'indivision, » puisqu'elle est parfaitement
« libre d'accepter ou de refuser le legs, et que le
« paragraphe suivant autorise la suspension tempo-
« raire : que l'impatience de la légataire à former
« contre le mari, immédiatement après la mort de
« la testatrice et au mépris de sa défense expresse,
« une demande en partage, a pu motiver l'applica-
« tion de la nullité si formellement prononcée par le
« testament...

« Rejette... (1). »

D'après ce qui vient d'être exposé, nous dirons donc que la prohibition d'aliéner, de même que celle

(1) Sirey, 1836. 1. 83.

de sortir de l'indivision, seront réputées non écrites, lorsqu'elles seront absolues et, qu'au contraire, elles pourront recevoir leur exécution lorsqu'elles seront temporaires, suivant les circonstances et selon l'appréciation qui en sera faite par les magistrats, et que, par suite, la clause pénale, qui serait jointe à des dispositions de cette espèce, sera nulle ou valable, selon que ces dernières rentreront dans la première ou dans la seconde hypothèse.

III. — Il y a des incapacités de recevoir qui sont d'ordre public, telles sont les incapacités résultant de l'art. 910 du Code civil.

C'est, par suite de ce principe, que les corporations religieuses, non reconnues, sont frappées d'une incapacité absolue : c'est ainsi, encore, que les établissements publics, même reconnus, ne peuvent profiter des dons ou legs qui leur sont faits, qu'après autorisation du gouvernement.

Donc, les dons ou legs faits en faveur de ces corporations ou établissements, à défaut de reconnaissance légale, ou dans le cas de reconnaissance, à défaut d'autorisation à l'effet de recevoir, seront nuls, et la clause qui tendrait à les faire valoir, ne saurait produire aucun effet.

Les règles établies en cette matière, intéressent trop l'ordre public pour qu'il soit permis d'y déroger (1).

(1) V. M. Laurent, t. XI, n° 476.

La jurisprudence met une grande rigueur dans l'application de ces principes, et un arrêt de cassation du 14 décembre 1825, l'a jugé ainsi.

Voici l'espèce :

Le 6 juillet de l'année 1771, la veuve Badel fit un testament par lequel elle instituait la dame Gâcon son héritière universelle, avec cette condition « de
« ne point quereller une donation entre-vifs, qu'elle
« avait faite en 1769, à l'hospice de Saint-Trivier. »
La clause pénale attachée à cette condition « était la
« privation de l'héritage qui devait, dans ce cas, être
« dévolu à un sieur Bernard de Pellapucien. »

Cependant, la donation de 1769 était nulle, aux termes de l'art. 9 de l'édit d'août 1749, en ce qu'étant faite à un hospice, elle n'avait pas été approuvée par lettres patentes ; mais sur la poursuite de la dame Gâcon, après le décès de la testatrice, il y eut transaction entre elle et les recteurs de l'hospice donataire.

Plus tard, la veuve Blanc et les héritiers Jarriaud, au profit de qui le testament du 6 juillet 1771 contenait un legs particulier, assignèrent la dame Gâcon en délaissement de la succession qui lui avait été déférée, et sur laquelle, selon les demandeurs, elle avait perdu tous droits, depuis qu'elle avait contrevenu à la condition imposée par le testament de 1771.

Le 3 janvier 1823 intervint un jugement du tribunal de Bourg, qui rejeta la demande et que nous n'hésitons pas à reproduire, car il est une des rares déci-

sions judiciaires qui visent conformément à la théorie que nous combattons, les dispositions de l'art. 1227.

« Attendu, dit le tribunal, que la condition imposée par la dame Badel, dans son testament du 6 juillet 1771, tant à la dame veuve Gâcon, son héritière instituée, qu'à ses légataires particuliers, de ne point inquiéter les pauvres de l'Hôtel-Dieu de Saint-Trivier, à qui elle aurait fait ci-devant donation de ses immeubles, à peine d'en être privée, doit être considérée comme une condition impossible de droit, puisqu'elle avait pour objet de donner effet et de valider une donation que les lois défendaient et dont elles prononçaient la nullité ; qu'on doit l'envisager comme non écrite, et comme n'ayant jamais pu suspendre ni résoudre l'effet de la disposition universelle faite en faveur de la dame veuve Gâcon ; qu'on ne peut point regarder cette condition comme potestative et dépendante de la volonté de ceux qui en étaient chargés ; — Que la clause du testament, énonciative de cette même condition, participait au vice de la donation antérieure que la loi annulait, puisque son effet aurait été de valider un acte absolument nul ; que la loi dispose que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale... »

Le 23 janvier 1824, arrêt confirmatif de la Cour de Lyon et, sur le pourvoi en cassation, arrêt de rejet (1).

(1) Sirey, 1825-1827. 4. 237.

Quels qu'aient été les motifs, la décision devait être la même ainsi que nous l'avons dit au début de ce chapitre, car il s'agit d'une question d'ordre public et telle est la solution nécessairement admise dans tous les cas de ce genre; mais il peut arriver que les testateurs, voulant empêcher le gouvernement de réduire les legs ainsi faits, sur la demande des familles, aient ajouté une clause par laquelle ils déclarent que, si la disposition qu'ils ont faite, venait à ne pas être intégralement exécutée, ils entendent en transporter le bénéfice au profit de telle personne qu'ils désignent à l'exclusion de toutes autres.

« Ces clauses, dit M. Laurent, ayant pour objet de
« forcer la main au gouvernement, et d'entraver
« l'exercice d'un droit qui est d'ordre public, sont
« par cela même, frappées de nullité. Il y a, dans
« ce cas, deux vices, le testateur ne peut pas dispo-
« ser au profit d'un établissement d'utilité publique,
« sous la condition expresse, ou tacite, que le gou-
« vernement en autorise l'acceptation pour le tout,
« il ne peut pas sanctionner cette disposition par une
« clause qui a le même but et est entachée, par
« conséquent, du même vice (1). »

M. Laurent critique, à ce sujet, un arrêt de la Cour de cassation, qui paraît être contraire à cette jurisprudence, puisqu'il a validé la clause pénale apposée à la disposition.

(1) V. M. Laurent, t. II, n° 476.

Le testateur avait institué un hospice légataire universel et, au cas où l'hospice n'aurait pas pu recueillir le bénéfice du legs, il lui avait substitué un légataire universel étranger, à l'exclusion de ses sœurs, ses héritières légitimes. L'hospice ayant été autorisé à accepter le legs, seulement pour moitié, la question s'était posée de savoir à qui l'autre moitié des biens serait déférée. Régulièrement, les biens retranchés à l'établissement public reviennent aux successeurs *ab intestat*, sur la demande desquels, dans l'espèce, la réduction avait été faite. Mais la Cour de Paris a jugé que les biens retranchés ne devaient pas revenir aux héritières légitimes, mais au légataire universel étranger substitué, car, a-t-elle dit, la volonté bien formelle du testateur était d'exhérer ses héritières naturelles.

Or, sa volonté étant légitime, puisqu'il n'agissait que dans les limites de son droit, il fallait lui donner tout l'effet dont elle était susceptible. Dans l'espèce, il voulait que le légataire, substitué à l'hospice, recueillît ses biens au cas où ce dernier n'en pourrait profiter. Ordonner la remise de ses biens aux héritières légitimes, eût été aller directement contre la volonté du testateur, et c'est à bon droit, selon nous, que la Cour de Paris s'est prononcée en faveur du légataire universel substitué. La Cour de cassation a, d'ailleurs, confirmé cette décision par arrêt de rejet du 13 juillet 1868 (1).

(1) Dalloz, 1869. 1. 124.

Il est toujours désirable qu'on s'efforce de donner effet à la volonté du testateur, toutes les fois que cela sera possible, sans toucher en rien à l'ordre public; or, nous ne voyons pas en quoi la volonté exprimée par le testateur de disposer de ses biens au profit d'un tiers, pour le cas où l'établissement public, primitivement institué, ne serait pas autorisé à recueillir purement et simplement, et dans toute son intégralité, le bénéfice de la disposition, serait, en rien, contraire à l'intérêt général. Le testateur est libre de donner ou non à l'établissement public en question, et s'il ne peut apposer à sa donation certaines restrictions qui gêneraient le gouvernement ou l'administration de l'établissement bénéficiaire, il lui est loisible de transporter sa libéralité à un tiers, pour le cas où ces dispositions ne seraient ou ne pourraient être exécutées.

Il suffit, et c'est là le point essentiel et trop souvent méconnu en la matière, que sa volonté soit clairement établie.

Si le testateur a entendu subordonner le legs fait à l'établissement public aux conditions qu'il y a jointes, on devra, suivant les principes généraux, annuler le legs en question, non comme contraire aux lois, mais pour défaut de volonté de la part du testateur.

L'hypothèse qui nous occupe est, en effet, l'une de celles dont l'application a, au plus haut point, à maintes reprises, passionné l'opinion du public : Elle

touche de très près aux croyances religieuses qui, pour les hommes convaincus, sont l'une des choses auxquelles ils tiennent le plus.

Il est donc de toute justice, pour ne pas froisser la liberté de conscience dans une certaine mesure, d'apporter la plus scrupuleuse attention, dans cette matière, plus qu'en toute autre, à ne pas modifier les intentions du disposant. « Neque enim debet circumveniri testantium voluntas. » (L. 92, D. *De conditionibus et demonstrationibus*).

Ses sentiments, profondément chrétiens, ont pu, par exemple, le décider à faire une fondation au profit d'une école, ou même à en établir une dans un lieu qui en était dépourvu, à la condition expresse qu'elle sera toujours dirigée, soit par des frères des écoles chrétiennes, soit par tous autres congréganistes.

Sans doute, si l'école fondée est communale, la condition que nous venons de rappeler, pourra être considérée comme illicite, car le droit, qu'à la commune, de choisir ses préposés, est inaliénable et ne peut lui être enlevé, sans aller contre un principe d'ordre public, mais il serait évidemment contraire aux intentions les plus légitimes, les plus énergiques et les plus sacrées du testateur, puisqu'elles reposent sur les bases les plus inébranlables : la conviction religieuse, de maintenir tout à la fois le legs et, réputant la condition non écrite comme illicite, de remplacer les instituteurs congréganistes par des laïques.

Ce serait là, encore une fois, aller directement contre la volonté du disposant, car il est manifeste que, s'il a fait la fondation en question, c'est en vue de l'instruction et de l'éducation chrétiennes, et non d'une instruction et d'une éducation laïques, que ses sentiments religieux réprouvent ! Nul doute qu'il n'eût fait aucun legs, s'il eût pu prévoir qu'on eût ainsi tronqué sa volonté pour s'en servir dans un but opposé à ses croyances.

En présence d'une disposition du genre de celle qui nous occupe, et en cas de renvoi des instituteurs congréganistes, les tribunaux ne pourront donc qu'annuler purement et simplement le legs.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Pau, du 28 décembre 1876, confirmé par la Cour suprême, le 20 novembre 1878 (1).

Aux termes de cet arrêt, la Cour a annulé le legs d'une propriété fait à une commune pour doter l'école primaire, sous les conditions que l'instituteur serait choisi par le curé de la paroisse, qu'il serait membre de la famille du testateur et le plus digne de ses parents par sa capacité, ses bonnes mœurs, et, surtout, par son sincère attachement à la religion catholique, parce que ces conditions, dans la pensée du testateur, étaient le but principal de la libéralité, et que ce but ne pouvait plus être atteint dans l'état de la législation actuelle.

(1) S. 1879. 1. 413.

Ainsi, encore, il a été jugé (Aix, 25 février 1880 et Nîmes, 11 juillet 1881) (1), qu'il y a lieu de déclarer révoquée ou résolue, la donation faite à une commune, à la condition expresse que l'immeuble donné serait affecté à une école dirigée par les frères de l'école chrétienne ou par toute autre congrégation religieuse, et que cette destination ne pourrait jamais être changée, lorsque, sur la demande de la commune, un arrêté préfectoral a remplacé les frères par des instituteurs laïques.

Et, dans ce cas, la commune est tenue de réparer le préjudice causé au donateur par l'inexécution du contrat et la substitution de l'enseignement laïque à l'enseignement religieux, comme de supporter sans répétition les frais de l'acte de donation, révoqué par sa faute.

C'est là une solution dont nous sommes heureux de proclamer la rigoureuse nécessité. C'est l'application évidente d'un principe général, que l'observation de M. Laurent nous a donné l'occasion de signaler en passant et que nous devons étendre à tous ces cas.

Il est intéressant de rappeler ici un arrêt de la Cour de Pau, du 7 décembre 1861, qui se rattache, quoique indirectement, aux questions que nous venons de traiter, puisque la Cour a vu dans la cause qui lui était soumise, soit une substitution pro-

(1) S. 1882. 2. 97.

hibée, soit un être moral incapable de recevoir.

Le sieur Haramboure était décédé laissant un testament par lequel il créait une fondation de 10,000 francs de rente sur les fonds publics, destinée à servir à perpétuité, à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux. Des exécuteurs testamentaires étaient chargés de tenir la main à l'accomplissement de la volonté du testateur, et ils étaient investis du pouvoir de perpétuer indéfiniment leurs fonctions en se donnant des successeurs. Ces exécuteurs testamentaires ont, en effet, administré pendant quelques années la fondation dont il s'agit; mais des difficultés s'étant élevées au sujet des allocations qu'ils avaient cru devoir faire aux divers bénéficiaires, une demande en nullité de testament a été formée.

Un jugement du tribunal civil de Bayonne avait accueilli cette demande, et sur l'appel interjeté, fut rendu l'arrêt suivant :

« LA COUR : — Attendu que l'art. 1026, Cod. Nap.
« a limité à un an et un jour la saisine que le testa-
« teur peut donner à ses exécuteurs testamentaires ;
« — Attendu que le testament dont il s'agit, par la
« prorogation illimitée de cette saisine, la perpétuité
« des dispositions qu'il renferme et la succession
« indéfinie des divers mandataires qu'il institue, dé-
« génère en une véritable substitution prohibée par
« la loi ; — Que, sous un autre rapport, il consti-
« tuerait, soit une fondation d'intérêt privé et, par

« conséquent, une donation à un être moral inca-
« pable de recevoir, soit une libéralité envers des
« personnes incertaines ; qu'il y a donc lieu d'en
« prononcer la nullité ; — Attendu que, dans cet
« état, l'exécution commencée ne peut être opposée
« comme une ratification de dispositions radicale-
« ment nulles et prohibées par la loi, dans un intérêt
« d'ordre public ; — Attendu que les clauses pénales
« ajoutées par le testateur, dans le but d'assurer
« l'exécution de dispositions illégales, doivent éga-
« lement être déclarées nulles...

« Confirme, etc... »

IV. — On ne saurait poser la question, ce nous semble, de savoir si une clause pénale portant atteinte à l'état des personnes, doit recevoir son exécution.

L'état des personnes touche, en effet, au plus haut degré à l'ordre public, et la loi donne même à toute personne intéressée, le droit d'intenter l'action en contestation d'état.

Si donc, un testateur, voulant éviter que l'état d'un de ses enfants soit contesté après sa mort, fait une égale distribution de ses biens entre eux, et leur impose la condition de ne pas attaquer son testament, il nous semble rigoureusement nécessaire de décider que les héritiers qui auront contesté, malgré cette défense, la légitimité de l'un d'eux, ne devront pas encourir la clause pénale. Il serait contraire à l'ordre public que l'état d'enfant légitime fût usurpé par un enfant qui n'y a aucun droit.

Il est de l'intérêt général que la demande soit intentée afin d'écarter de la famille celui qui n'a pas le droit d'en prendre le nom, ni d'en recueillir les avantages.

La Cour de Lyon avait déjà, par arrêt du 3 juillet 1823 (1), proclamé le principe que nous venons d'exposer.

« Attendu que, y est-il dit, d'après les anciens
« principes de droit en matière de testament, repro-
« duits par les dispositions générales de l'art. 900 du
« Code civil, les conditions insérées dans les dispo-
« sitions sont réputées non écrites, lorsqu'elles sont
« contraires aux lois et aux mœurs; — Attendu qu'on
« ne peut se méprendre sur l'intention du sieur
« Tardy de la Carrière, sur la nature et le véritable
« objet de la clause de son testament, dont l'appelant
« demande l'exécution; qu'après avoir exprimé une
« égale tendresse pour ses deux enfants, en les appe-
« lant à recueillir par moitié sa succession, le testa-
« teur paraît craindre que cette égalité de droits
« qu'il veut maintenir entre eux ne soit contestée;
« que la peine qu'il attache à l'inexécution de sa vo-
« lonté, n'est donc évidemment qu'une dernière pré-
« caution de la sollicitude qu'il avait déjà manifestée
« par d'autres actes, pour prévenir ou empêcher une
« action judiciaire qu'il redoutait pour l'état d'un de
« ses enfants; — Attendu qu'on ne doit pas apprécier

(1) Dalloz, *Rép. alph.*, t. XVI, n° 186, note 3.

« le mérite et les effets de cette clause d'après l'évé-
« nement d'un procès qu'elle avait interdit; — Que
« sa prohibition doit être considérée en elle-même et
« dans toute son étendue; — Qu'il en résultait que
« le testateur mettait sa volonté au-dessus de la loi,
« pour soustraire l'état d'un de ses enfants à son
« empire, en donnant à cet enfant dans sa famille et
« dans sa succession, un rang et des droits qu'elle
« aurait pu lui refuser; — Attendu que, dès lors, la
« peine infligée par le testateur à celui de ses fils
« qui userait d'un droit dont il ne lui appartenait pas
« de le dépouiller dans l'intérêt de l'autre, présente
« une condition contraire aux lois sur l'état des per-
« sonnes et sur l'ordre des successions, et, qui, sous
« ce double rapport, est réprouvée par l'art. 900 du
« Code civil; qu'elle doit, d'autant mieux, être pros-
« crite, dans l'espèce, qu'elle porterait atteinte à des
« mesures d'ordre public auxquelles les parties
« qu'elles intéressent ne pouvaient déroger, même
« d'un commun accord, par contravention; que l'ap-
« pelant est donc mal fondé à demander l'exécution
« d'une clause qui doit être considérée comme non
« avenue et qui ne peut produire aucun effet.
«

« Met l'appellation au néant. »

Le principe, consacré par cet arrêt, ne saurait, aujourd'hui, faire l'objet d'aucun doute.

V. — La nullité fondée sur des vices de forme est d'ordre public en ce sens que le disposant ne saurait

imposer à ses héritiers l'obligation de respecter un acte testamentaire qui ne serait pas revêtu des solennités exigées par la loi. Un acte non revêtu de ces solennités n'existe en aucune façon aux yeux de la loi comme donation ou comme testament, et l'accomplissement de ces solennités n'est pas seulement exigé dans l'intérêt des héritiers, mais elle est aussi et surtout, comme le dit M. Demolombe, dans l'intérêt des testateurs une garantie essentielle de la sincérité et de la liberté de leurs dispositions, « *nec ul-
lorum magis interest quam ipsorum!* »

Ricard (1), prévoyant le cas qui nous occupe s'exprime ainsi :

« L'interdiction du défunt ne peut jamais être
« d'aucune conséquence, parce qu'il n'est pas en son
« pouvoir de faire que les solennités de l'acte, qu'il a
« passé, qui sont établies par les loyx par forme de
« droit public, n'y soient pas observées. « *Testamenti
« factio, non privati, sed publici juris est : Ideoque
« forma ejus privatorum pactis non læditur.* »
« (L. 2, D. *De testam.* C. 1. *nemo potest* 58, D. *De
« legat.*, 1). »

Merlin (2) traitant de la même question se prononce dans le même sens :

« Un particulier, dit-il, fait un testament dans le-
« quel il omet quelques formalités et, voulant empê-

(1) Tome I, 3^e partie, ch. XII, n° 1544.

(2) *Peine testam.*, IX.

« cher ses héritiers de faire valoir ce défaut, il dit :
« Je veux que mon testament soit exécuté tel qu'il
« est; et si quelqu'un de mes successeurs légitimes
« en demande la nullité, j'institue mon héritier tel
« hôpital. » Cette disposition ne sera d'aucun effet,
« parce que c'est contrevenir à la loi, que de vouloir
« tester contre les formes qu'elle a prescrites et que,
« suivant la loi 55, *De legatis* 1^o au Digeste, « nemo
« potest in testamento suo cavere, ne leges in suo
« testamento locum habeant. »

C'est ce qu'avait également dit M. Joly de Fleury dans son plaidoyer du 28 août 1708 :

« Comme les hommes, dit-il, ne peuvent empêcher
« par des voies indirectes que les lois n'aient leur
« effet, on n'a jamais eu égard aux peines apposées
« dans les testaments, quand elles ont eu pour objet
« d'éluder la disposition de la loi. Ainsi, quand un
« testateur veut, par une peine, suppléer aux forma-
« lités d'un testament, on ne peut y avoir égard, at-
« tendu que ces formalités sont de droit public (1). »

La même solution doit être suivie aujourd'hui : la Cour de cassation, par arrêt du 18 janvier 1858, a exposé clairement ce principe dans une décision parfaitement motivée, rendue sur un arrêt, confirmatif d'un jugement du tribunal de Rochechouart, du 18 août 1855 (2).

.....

(1) *Journal des Audiences*, V, chap. XLII, pages 197 et suivantes.

(2) S. 1856. 2. 543.

« Sur le 2^e moyen, a dit la Cour suprême : — At-
« tendu que la clause pénale, par laquelle le testa-
« teur, après avoir légué à sa femme l'usufruit de
« tous ses biens, ajoute que, au cas de contestation
« de la part de ses héritiers, il lui lègue en toute
« propriété tout ce dont il peut disposer, n'a rien en
« soi d'illicite, si elle n'a pour objet que de protéger
« contre les critiques mal fondées des dispositions
« de dernière volonté régulières en la forme et vala-
« bles au fond ; — Attendu que, à la vérité, la forme
« des testaments étant de droit public, la volonté du
« testateur ne peut, en aucun cas, prévaloir contre
« les dispositions de la loi, qui, sous peine de nullité,
« en prescrit les solennités ou les conditions extrin-
« sèques de validité d'un tel acte, ni forcer par con-
« séquent les héritiers à respecter un testament
« destitué de toute force légale ; qu'il ne saurait
« donc être interdit aux héritiers, au moyen d'une
« clause pénale, d'attaquer pour vice de forme le
« testament qu'on leur oppose ; qu'ainsi la clause pé-
« nale, soit qu'elle ait été insérée dans le testament
« argué de nullité, soit qu'elle ait été écrite dans
« un autre acte ayant une existence indépendante et
« non contestée, est réputée non écrite et sans effet
« à l'égard des héritiers qui, en faisant prononcer la
« nullité du testament, ont usé de leur droit ; mais
« qu'ils exercent cette action à leurs risques et périls ;
« et que, lorsque, par une décision devenue irrévoca-
« ble, leur action a été déclarée mal fondée et témé-

« raire, ils doivent alors subir, dans toutes ses con-
« séquences, la condition qui, de la part du testateur,
« avait pour objet de prévenir une contestation in-
« juste; — Attendu qu'il suit de ce qui a été jugé sur
« la première question, que le testament argué de
« nullité était valable, que c'est dès lors à un acte
« régulier et dont les dispositions exprimaient léga-
« lement la volonté du testateur, que s'applique la
« condition avec clause pénale d'en respecter le con-
« tenu; que cette clause devait donc recevoir son
« exécution; — D'où il suit, qu'en le jugeant ainsi,
« l'arrêt dénoncé n'a violé aucune loi.

« Rejetle, etc. (1) »

Avec cet arrêt de la Cour suprême, nous dirons que la volonté du testateur ne peut pas valider un testament qui n'existe pas aux yeux de la loi et que la clause pénale, qu'il y a insérée à cet effet, ne saurait maintenir une volonté qui n'est pas légalement exprimée.

Les héritiers pourront donc, malgré la clause pénale, comme le, dit l'arrêt de cassation, agir en nullité, mais ils le feront à leurs risques et périls et, si le testament est déclaré valable, ils encourront la peine.

VI. — On s'est demandé si la captation et la suggestion étaient des vices d'ordre public suffisants pour autoriser les héritiers à agir en nullité malgré

(1) Sirey, 1858. 1. 478.

la défense faite par le testateur d'attaquer ses dispositions.

Cette question, nous l'avouons, nous paraît superflue, puisque la captation et la suggestion sont le vice le plus grand, ce semble, qui puisse entacher une disposition de dernière volonté, par le fait simple que leur existence est la négation même de cette volonté.

On a prétendu cependant qu'il y a un motif de douter. C'est là, a-t-on dit, un débat entre les héritiers et un légataire ou donataire, c'est-à-dire entre des personnes privées, qui se disputent la succession du défunt : ne sont-ce pas des intérêts purement particuliers ?

Mais, ce n'est là, d'après nous, qu'une simple apparence, et la clause pénale qui aurait pour but d'assurer une libéralité, œuvre de la captation ou de la suggestion, serait nulle comme impliquant une condition contraire aux lois et aux mœurs, et réputée non écrite, aux termes de l'art. 900. C'est que, d'un côté, le testament doit être avant tout l'expression de la volonté libre du disposant, c'est là un principe d'ordre public, et toutes les causes qui altèrent cette liberté sont contraires à l'intérêt général, car, si le législateur a donné au pouvoir individuel le droit de déroger à l'ordre naturel des successions, c'est pour satisfaire au besoin d'affection légitime et non pour favoriser de perfides spoliations.

Et, d'un autre côté, ce serait protéger le dol que de

permettre aux auteurs de la captation ou de la suggestion d'assurer l'effet de leurs manœuvres frauduleuses par l'apposition d'une clause pénale, et les en faire profiter aux dépens de la famille et contre la volonté même du disposant.

La Cour de cassation s'est prononcée clairement pour la nullité de la clause pénale apposée à une disposition entachée de ce vice :

Par testament du 11 octobre 1847, la dame Villain-Lebègue institua ses frères et sœurs pour ses légataires universels, et, par donation entre-vifs du 13 août 1848, elle disposa au profit des mêmes personnes et des époux Bonaventure de tous ses biens immeubles, le tout sous diverses conditions et charges qu'il est inutile d'énumérer. Le testament et la donation contenaient d'ailleurs une clause particulière, enjoignant aux légataires et donataires de respecter la libéralité faite aux époux Bonaventure sous peine d'être déchus de leurs droits.

Après le décès de la dame Villain, le sieur Vigneront d'Henqueville, au nom des enfants mineurs, demanda la nullité, pour cause de captation, de la donation faite aux époux Bonaventure. Un premier jugement, confirmé par arrêt de la Cour d'Amiens, avait accueilli la demande et, sur le pourvoi en cassation formé par les époux Bonaventure pour la raison que l'arrêt avait reçu l'action en nullité de la donation, malgré la défense d'attaquer ses dispositions, la Cour suprême a rendu l'arrêt suivant :

« Attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'art. 900,
« dans toute disposition entre-vifs et testamentaire,
« les conditions, contraires aux lois ou aux mœurs,
« sont réputées non écrites ; — Que tel serait le ca-
« ractère d'une clause pénale, qui aurait pour but
« d'assurer l'exécution d'une libéralité qui serait
« l'œuvre de la captation ou de la suggestion ; —
« Que, dès lors, et nonobstant la clause qui ordon-
« nait aux mineurs d'Henqueville de respecter les
« dispositions faites au profit des époux Bonaven-
« ture, sous peine d'être déchus de leurs droits,
« l'arrêt attaqué a dû, comme il l'a fait, déclarer les-
« dits mineurs autorisés à attaquer ces libéralités,
« comme n'étant pas l'expression de la volonté libre
« de la dame Villain-Lebègue, sauf à voir ultérieu-
« rement si cette clause pénale devrait ou non leur
« être appliquée..... » (Cass., 27 mars 1855, Bona-
venture, Dev. 1855, I, 702).

Par ces derniers mots, la Cour suprême indique clairement que, s'il était décidé que le testament ou la donation, attaqué pour cause de captation, était l'œuvre de la volonté libre du disposant, la clause pénale devrait être appliquée à celui qui aurait succombé dans sa demande et qu'il ne pourrait être affranchi qu'en réussissant (1).

C'est qu'en effet, s'il n'y a pas eu dol, si le testa-

(1) Voir les conclusions de M. l'avocat général Delangle rapportées au chap. 1^{er}, 4^{re} part., au sujet d'un arrêt de Cass. du 22 déc. 1845.

teur a institué des étrangers que son affection lui faisait préférer à une famille indifférente, il n'y a plus aucune raison pour écarter la clause pénale. La condition de ne pas attaquer le testament n'est plus en elle-même ni impossible, ni contraire aux mœurs, elle ne le serait qu'en tant qu'elle aurait pour but de maintenir des conditions illicites.

C'est ainsi que l'arrêt de cassation du 22 décembre 1845 a fait l'application de ce principe en déclarant la clause pénale encourue.

C'est ce qu'a décidé encore la Cour d'Amiens (17 décembre 1846), après renvoi à la suite de cet arrêt:

« Considérant, dit la Cour, que Rondeau a subor-
« donné le legs fait à la dame Duquesnel à la con-
« dition que son testament ne serait point attaqué;
« — Que cette condition, qui ne présente rien de con-
« traire aux lois ni à l'ordre public avait précisé-
« ment pour but d'empêcher une demande telle que
« celle qui a été intentée par les époux Duquesnel;
« — Qu'il est suffisamment établi que la clause pé-
« nale, comme l'institution elle-même, est le résul-
« tat de la volonté du testateur; — Qu'en effet, en se
« plaignant de l'indifférence de ses parents et de
« l'abandon dans lequel ils l'avaient laissé, Rondeau
« a motivé la rigueur dont il usait envers eux,
« en instituant des étrangers légataires universels
« et en attachant, au legs particulier qu'il faisait à
« ses neveux, une clause destinée à mettre à l'abri

g de toute critique des dispositions faites dans l'usage
« de sa pleine liberté; — D'où il suit que la preuve
« des faits articulés subsidiairement n'est point ad-
« missible (1). . . . »

Et telle est, en effet, la doctrine qui nous paraît de-
voir été admise dans tous les cas où il s'agit, comme
dans les hypothèses précédentes, d'une action en nul-
lité fondée sur un motif d'ordre public (2).

(1) S. 1847. 2. 223.

(2) MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, tome VI, p. 6. — Demo-
lombe, t. XVIII, n° 287. — Laurent, t. XI, n° 477. — Troplong,
n° 256, tome I, p. 106,

CHAPITRE II.

DES CAS DANS LESQUELS LA CLAUSE PÉNALE EST VALABLE.

La règle, qui doit nous diriger dans ce chapitre, repose sur la distinction déjà faite entre les dispositions intéressant l'ordre public et celles qui n'ont trait qu'à l'intérêt particulier.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, les exemples de clause pénale rentrant dans la première catégorie et, par suite, réputés nuls; il nous reste à voir dans celui-ci les cas compris dans la seconde et où, par conséquent, la clause pénale devra recevoir son exécution. Et, dans les diverses hypothèses que nous allons parcourir, il est bien évident, qu'à l'inverse de ce que nous avons dit au début du chapitre précédent, la théorie de la clause pénale nécessiterait des solutions différentes de celles que nous donnerons, au cas où les contestations seraient fondées, puisqu'elle subordonne la validité de la clause pénale à l'insuccès du procès, tandis que la théorie de l'option ne s'occupe pas de son issue.

I. — D'abord, peut-on, d'une façon générale, interdire à ses héritiers d'attaquer le testament ou la donation qu'on a fait?

C'est une question à laquelle nous avons déjà répondu dans le chapitre I^{er} de la première partie, au

sujet d'une décision de la Cour de Paris du 25 janvier 1841, qui avait soutenu que tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice, que ce droit est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement. Cet arrêt, nous l'avons dit, entraînerait par voie de conséquence la suppression de presque toutes les charges ou conditions qui, elles aussi, causent une gêne à celui qui doit les exécuter.

Les considérations et les arguments, que nous avons développés à l'occasion de cette décision, nous évitent d'y revenir, et, sans nous arrêter plus longtemps à cette question, nous nous contenterons de citer simplement les termes dans lesquels la Cour suprême, cassant le 22 décembre 1845 l'arrêt du 25 janvier 1841, lui a enlevé toute autorité.

« Arrêt après délibération en Chambre du conseil.

« LA COUR : — Vu l'art. 900, Cod. civ. ; — Attendu
« qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, par testament
« olographe du 29 juin 1839, Gilbert-Thomas Ron-
« deau, décédé à Paris le 10 mars 1840, sans héri-
« tiers à réserve, a institué les demandeurs en cassa-
« tion ses légataires universels, et a fait, entre autres
« legs particuliers, celui d'une rente viagère de
« 3,000 fr. à la dame Duquesnel sa nièce, défende-
« resse, déclarant expressément : — « Que si quel-
« qu'un de ses légataires voulait contester quelque-
« une de ses dispositions de son testament, le legs qui
« lui avait été fait deviendrait nul, pour profiter inté-

« gralement aux exécuteurs testamentaires, ses légat-
« taires universels; » — Attendu que le testateur,
« libre de disposer de la totalité de ses biens en faveur
« de personnes étrangères à sa famille, et, par là, de
« n'en rien laisser à la dame Duquesnel, sa nièce, a
« pu attacher au legs de rente viagère qu'il lui a fait
« toutes les conditions qui lui ont paru convenables,
« et que celle-ci ne peut réclamer le bénéfice de cette
« libéralité qu'en se conformant aux conditions qui
« lui ont été imposées, à moins qu'elles ne soient
« impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs,
« cas auxquels elles devront être réputées non écrites;
« — Attendu que la condition de ne pas contester
« des dispositions de son testament, faite par lui à
« ses légataires, sous peine de privation ou de nul-
« lité de leurs legs, ne présente rien qui soit impos-
« sible dans l'exécution ou qui soit contraire aux
« mœurs, d'après les dispositions mêmes dont il
« prescrit l'exécution.
«
«

« Attendu, cependant, qu'en contravention à ce
« qu'elle prescrit, la dame Duquesnel, légataire par-
« ticulière, a attaqué le testament qui la renferme, à
« l'aide de divers moyens qui ont tous été rejetés; —
« Attendu que, pour repousser ces moyens, et pour
« déclarer en même temps, qu'en demandant la nul-
« lité d'un testament valable, elle n'avait pas encouru
« la peine de la privation de son legs, l'arrêt attaqué

« n'est pas fondé sur une interprétation du testament
« et de la volonté du testateur sur ce point; qu'il s'est
« déterminé par le motif unique et absolu : « Que
« tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour
« obtenir la réformation d'un acte qui lui est préju-
« diciable; que ce droit est d'ordre public; que son
« interdiction est contraire à la loi qui permet l'ac-
« tion en captation contre un testament, et qu'ainsi
« elle doit être réputée non écrite, quand elle a été
« insérée dans un testament. » — Attendu qu'il ré-
« sulte de tout ce qui précède, qu'en statuant ainsi,
« cet arrêt a fait, aux circonstances de la cause, une
« fausse application de l'art. 900 du Code civil, et en
« a violé les dispositions; — Casse, etc. . . . »

II. — Si, du principe général qui précède, nous passons aux cas particuliers, nous rencontrons tout d'abord la question de savoir si un donateur ou testateur peut imposer utilement au donataire ou légataire la charge de renoncer à une succession.

Cela ne fait aucun doute, s'il s'agit d'une succession échue.

Comme il s'agit là d'un droit acquis, le donataire ou le légataire a toujours la possibilité d'y renoncer; l'on ne voit pas pourquoi le testateur n'aurait pas la faculté, sans que la loi en soit atteinte ou violée, de le placer dans l'alternative de renoncer à ce droit ou de recueillir le bénéfice de la libéralité.

On peut en dire autant de la condition de renoncer soit à une indemnité due par un tiers pour un

dommage causé, soit à un compte de tutelle.

M. Dalloz rapporte dans son *Répertoire alphabétique*, tome XVI, n° 175, note 1, un arrêt de la Cour d'Aix (8 août 1833), suivi d'arrêt de rejet sur pourvoi (24 décembre 1834), aux termes duquel la condition imposée par un tuteur à ses pupilles de ne demander aucun compte de tutelle, et celle imposée au nouveau tuteur qui sera nommé de ne faire aucun acte d'administration sans prendre l'avis du conseil de famille, doivent être considérées comme valables.

Un arrêt ultérieur s'exprime plus explicitement encore, lorsqu'il déclare déchu de son legs le légataire, institué sous la condition de ne pas demander le partage d'une succession ouverte à son profit, dès qu'il a librement et en connaissance de cause opté pour la revendication de cette succession : une telle option a pu être considérée comme détruisant toute l'utilité du legs (1) :

Par testament du 11 décembre 1834, le sieur Lavergne avait institué le sieur Richard son légataire universel, et légué au sieur Montal, son neveu, une somme de 10,000 fr. à la condition qu'il n'exercerait, comme représentant de la dame Montal sa mère, aucun droit dans la succession de l'aïeul commun, alors décédé, et détenue en entier par le testateur, à raison de la légitime de la dame Montal.

Après le décès du sieur Lavergne, le sieur Montal

(1) Cass. 16 août 1843.

fil, comme étant aux droits de sa mère, forma contre le sieur Richard une demande en délivrance de la légitime à laquelle sa mère avait droit dans la succession de l'aïeul commun. Le sieur Richard opposa alors au sieur Montal la clause du testament qui lui interdisait cette action sous peine de perdre son legs. Mais le sieur Montal déclara opter pour la légitime et renoncer au legs.

Cette demande en délivrance fut repoussée, parce qu'il fut établi que, dès le 9 octobre 1810, la dame Montal mère avait cédé sa légitime au sieur Lavergne moyennant une somme de 10,800 fr., cession dont il paraît que le sieur Montal fils avait connaissance.

Ce dernier a formé alors contre le sieur Richard une demande en délivrance du legs de 10,000 fr. en se fondant sur ce que, en optant pour la légitime, il ignorait qu'elle eût été cédée, et sur ce que cette erreur rendait son option nulle et lui permettait de réclamer son legs.

Le 30 décembre 1839, intervint un jugement du tribunal de Figeac, qui déclara le sieur Montal déchu du legs de 10,000 fr. Frappé d'appel, ce jugement fut confirmé par arrêt de la Cour royale d'Agen du 21 décembre 1841 en ces termes : « — Attendu que
« le legs de 10,000 fr. fait au sieur Montal par le
« sieur Lavergne ne devait obtenir son effet qu'au-
« tant que le légataire s'abstiendrait de toute de-
« mande sur la succession des père et mère du tes-
« tateur ;

« Attendu que le sieur Montal a formé la demande
« qui lui était expressément prohibée; qu'alors le
« legs conditionnel a cessé d'exister; qu'il importe-
« rait peu que cette demande n'ait eu aucun résultat
« utile sur la succession de l'aïeul; qu'il suffit que
« la demande expresse ait été formulée pour que
« cette option ait fait disparaître et anéantir toute
« l'utilité du legs, etc... »

Le sieur Montal s'est pourvu en cassation, mais son pourvoi a été rejeté, par la raison que l'option faite par Montal avait eu lieu en parfaite connaissance de cause (1).

Mais, si la question ne fait pas de doute, lorsqu'il s'agit de succession échue, elle a donné lieu à des controverses dès qu'elle a trait à une succession non ouverte.

Certains auteurs ont pensé que la condition de renoncer à une telle succession est obligatoire d'une manière absolue (2).

D'autres, en sens inverse, disent que la condition doit être réputée non écrite (3).

Nous croyons qu'il y a lieu de faire sur ce point une distinction.

La loi a défendu tout pacte sur succession future,

(1) S. 43. 1. 874.

(2) V. Toullier, tome V, n° 269. — Coin-Delisle sur l'art. 900, n° 20. — Zachariæ, t. V, p. 237, texte et note 16.

(3) Duranton, t. VIII, n° 146. — Saintespès-Lescot sur l'art. 900, n° 144.

et il nous semble que, vouloir qu'un légataire ou donataire renonce *par avance* à une succession, c'est exiger de lui un fait expressément défendu par la loi dans l'intérêt de la morale et de l'ordre public.

Il en serait au contraire autrement de la renonciation que le légataire ou le donataire serait tenu de faire, d'après la donation ou le testament, au moment où la succession viendrait à s'ouvrir (1).

Il s'agit, en effet, d'un intérêt privé appréciable, et, « donataire sous condition de renoncer à ce droit, on « doit, dit Vazeille (2), faire son calcul, pour *opter* « entre la donation et la succession (ou l'action en « compte de tutelle) ; il n'y a rien de contraire aux « bonnes mœurs ou à l'ordre public dans la nécessité « de cette option. »

Il a été jugé, dans le sens de cette distinction, que la clause d'un testament, par laquelle le testateur fait un legs sous la condition que le légataire *ne pourra rien prétendre dans la succession de ses père et mère*, n'est contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs.

La condition imposée a seulement cet effet, a-t-on décidé, de *suspendre* jusqu'au décès des père et mère (époque à laquelle le légataire pourra valablement renoncer à la succession) *la propriété* des biens légués ; toutefois, a ajouté l'arrêt, et en

(1) Dalloz, *Rép. alph.*, tome XVI, n° 176. — Bayle-Mouillard, note A sur le n° 153 de Grenier et Troplong, n° 269.

(2) Vazeille sur l'art. 900, n° 49.

attendant, le légataire n'en reste pas moins investi, à partir du décès du testateur, de l'*usufruit* ou *jouissance* de ces mêmes biens (Code civil, articles 900 et 1181) (Cour d'Angers du 27 juillet 1827) (1).

On peut voir en outre sur le même sujet, cassation 30 décembre 1816, et plus particulièrement cassation 16 janvier 1838, aff. Berland c. Maurat. — Cassation, 27 juin 1838; — *id.*, 24 août 1841; — *id.*, 2 mai 1842 (2).

Concluons donc que la clause pénale, apposée à l'obligation de renoncer à une succession, telle que nous venons de l'envisager (Cour d'Angers, 27 juillet 1827), ne portant atteinte qu'à un intérêt privé, est valable et devra recevoir son exécution en cas de contravention.

III. — On s'est encore demandé si un testateur peut interdire à son héritier le bénéfice d'inventaire, sous peine d'exhérédation en cas de contravention à sa volonté.

Cela revient à chercher si le bénéfice d'inventaire est de droit public ou simplement d'intérêt privé; car, au premier cas, la clause ayant pour but d'y contrevenir serait nulle, tandis qu'elle sera valable dans le second.

Pour l'affirmative, on a dit qu'il importe peu au

(1) Dev. 1825-1827. 2. 399.

(2) Dalloz, *Rép. alph.*, tome XVI, n° 178, texte et note.

public que l'institué se rende héritier pur et simple ou héritier bénéficiaire.

C'est plutôt l'intérêt des particuliers que du public que le législateur a ici en vue, et s'il importe au public, c'est que l'héritier soit pur et simple, plutôt que par bénéfice d'inventaire.

C'est le repos des créanciers et des légataires; et, pour un seul qui court risque, plusieurs s'assurent; cela coupe chemin aux fraudes, et ce qui a été introduit comme précaution, pouvant servir de piège, il vaut souvent mieux le retrancher que l'étendre.

Tant s'en faut donc que le public s'y oppose, qu'au contraire il favorise la prohibition du testateur et tend plutôt à la faire subsister qu'à la faire condamner : ainsi c'est en vain qu'on le veut faire réclamer.

On fait enfin remarquer que ce bénéfice n'a été introduit que par Justinien, ou plutôt que c'est lui seul qui l'a étendu, car, tandis qu'il n'avait lieu qu'en faveur des gens de guerre, il l'a rendu commun aux autres personnes. « Nobis apparuit esse humanum, « non solum milites hujus modi adjuvare beneficio, « sed etiam ad omnes hoc extendere. »

Prohiber ce bénéfice, ce n'est donc pas renverser des lois d'ordre public, puisque ces lois n'ont pas toujours existé, que leur nécessité n'a pas toujours été reconnue qu'elles constituaient un privilège particulier.

L'intention du testateur étant autant et plus favorable que celle de l'héritier, il y a plus de raison de

suivre la règle que celui-là a posée, que d'adhérer aux ruses de celui-ci : l'un n'a pensé qu'à conserver l'honneur de sa famille, qu'à faire exécuter une volonté équitable, à pourvoir à ses devoirs envers ses créanciers ; l'autre ne songe qu'à se mettre à couvert et à réduire les créanciers ou légataires à une composition désavantageuse.

On ajoute enfin que le bénéfice d'inventaire a été établi, non pas tant en faveur de l'héritier, que pour le testateur, dont la succession serait souvent autrement répudiée, et alors, dit-on, le législateur ayant plutôt cherché à favoriser les testateurs que les héritiers, il s'en suit *à fortiori*, que ceux qui sont le plus intéressés à ce bénéfice, y peuvent renoncer et le prohiber.

Mais les partisans de la négative se récrient, car disent-ils, c'est précisément parce que le bénéfice d'inventaire intéresse tout à la fois et les testateurs, et les héritiers, et les créanciers, et légataires, qu'on ne saurait le prohiber.

Si ce bénéfice a été institué, c'est dans un intérêt général : c'est afin d'éviter que des héritiers, quelquefois trop timorés, n'appréhendent aussitôt les dettes et charges, et n'abandonnent la succession ; c'est donc par une faveur publique et pour la conservation des hoeries et le maintien des familles, que le bénéfice d'inventaire a été introduit par Justinien et continué depuis. Cet empereur en donne lui-même cette raison : « Quia non pro commodo privatorum, sed pro

« communi utilitati præsentem legem posuimus (1). »

Ainsi donc le bien public serait le principal but du bénéfice d'inventaire. Son institution aurait été faite pour inviter les héritiers à l'acceptation des successions qui leur sont échues, pour conserver la mémoire des défunts, et aussi et surtout afin de pourvoir, par suite, à ce que les créanciers ne perdent rien; car, dès qu'une succession est répudiée, il arrive presque inévitablement qu'elle se consomme en frais et qu'un curateur en absorbe une grande partie.

Henrys, qui expose longuement la question et se prononce pour cette seconde opinion (2), rapporte à l'appui de sa thèse une sentence de Lyon du 10 novembre 1624 et l'arrêt du Parlement sur appel du 7 juillet 1625.

La demoiselle François de Bourg, femme du sieur de Vernatel, avait été instituée héritière par testament de noble Laurent de Bourg, son père, conseiller au présidial de Lyon « à la charge et condition
« que le testateur voulait, ordonnait et recomman-
« dait à sa dite fille et héritière universelle, d'ac-
« cepter son hoirie purement et simplement dans le
« temps et terme préfixé de droit, lui prohibant et
« défendant très expressément de faire faire aucun
« inventaire de ses biens. »

(1) Loi 2, § *Sed. quis*, Cod. *De jurejur. propter calumm.*

(2) Henrys, tome III, liv. V, chap. IV, quest. XXX.

Les sœurs de la demoiselle Françoise de Bourg, Bonne et Claudine de Bourg, s'opposèrent par suite à l'inventaire que l'héritière voulait faire, et l'arrêt, qui intervint, jugea que, nonobstant la prohibition de faire inventaire et injonction d'accepter l'hoirie purement et simplement, l'héritière pouvait se servir du bénéfice de la loi, que c'était un droit public auquel on ne pouvait déroger (1).

Mais, comme le fait remarquer également Henrys, la même question, avec quelque différence dans l'hypothèse, s'étant présentée au même siège de Lyon, fut diversement jugée. Le sieur Tilly, marchand de Lyon, par son testament, institua son héritier un nommé Bonnefons, son neveu, à la charge d'accepter sa succession purement et simplement, et, au cas où il ne l'accepterait pas de la sorte, il instituait sa femme héritière sous la même condition et excluait Bonnefons de sa succession.

Nonobstant cette clause, Bonnefons prétendit accepter la succession de Tilly sous bénéfice d'inventaire; la veuve lui contesta ce droit et offrit d'accepter purement et simplement : la cause fut plaidée, il fut ordonné que l'héritier accepterait la succession purement et simplement et, faute par lui de ce faire, il fut permis à la veuve de l'accepter aux conditions portées dans le testament.

(1) Voir l'arrêt : Henrys, t. III, liv. V, chap. IV, quest. XXX, page 137.

Henrys prétend trouver la raison de cette décision dans la circonstance, que la clause du testament y était expresse et qu'il y avait nomination d'un autre héritier en cas de contravention. Nous ne le croyons pas; sans doute cette raison pourrait à la rigueur nous suffire, puisque c'est là le cas précisément de la clause pénale que nous traitons, mais nous pensons, en outre, que cette décision n'a fait que se conformer aux principes généraux que nous avons établis.

Le bénéfice d'inventaire, qu'il ait été créé en faveur du testateur, de l'héritier, ou même des créanciers, ne regarde que l'intérêt privé. Il ne suffit pas, pour le considérer comme d'ordre public, que la loi l'ait introduit en faveur de plusieurs, il faut que ce soit en faveur de plusieurs, considérés en commun et non en particulier; autrement ce n'est toujours qu'un intérêt particulier, auquel on peut renoncer et que, par suite, le testateur a pu prohiber (1).

D'ailleurs, si la jurisprudence de l'ancien droit n'admettait pas la prohibition pure et simple du bénéfice d'inventaire (2), elle la déclarait valable quand elle était suivie d'une clause semblable à celle que nous venons de voir.

Cujas, sur la loi *Scimus* au Code, *de jure delibe-*

(1) Voy. sur cette question la longue discussion d'Henrys, *loc. cit.*, et auteurs cités par lui.

(2) Voir Merlin, *Peine testam.*, IX et auteurs et arrêts cités, notamment l'arrêt du Parlement de Toulouse du 15 janvier 1672.

randi, soutient que la prohibition est valable, et telle est la doctrine que nous devons suivre aujourd'hui, selon nous, pour les raisons que nous avons données plus haut. « *Et certum est posse etiam hæredi interdici confectionem inventarii. Et verum est, quasi volente testatore, ut is subeat omnia onera hæreditaria, ut suscipiat tuendam famam defuncti vel de suo; alioqui ut non sit hæres* (1). »

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 23 mai 1831, rapporté par Dalloz en son *Répertoire alphabétique*, tome XVI, n° 182, note 2, semblerait décider autrement; voici l'espèce soumise à la décision de la Cour :

Un sieur Sauveur-Bouin avait fait un testament contenant une disposition ainsi conçue : « Je lègue
« à la demoiselle Mobisson, mon épouse, sa vie durant, tous mes biens meubles et immeubles pour
« par elle les régir et administrer à son profit sans
« être tenue d'en rendre compte, la dispensant de
« toute faction d'inventaire, et de tout bail de caution; et, au cas où quelqu'un se permettrait de la
« rechercher en quoi que ce soit pour raison de mes
« présentes dispositions, je lui donne d'ores et déjà
« le reliquat de tout compte de gestion, dérogeant
« par exprès, en faveur de mon épouse, aux art. 600
« et 601 du Code civil. — Dans le cas que mes héritiers veuillent procéder à l'apposition des scellés et

(1) Cujas sur la loi dernière, C. *De jure. delib.*, vers la fin. — Troplong, t. I. n°s 258 et suivants.

« à la faction d'un inventaire, je lègue à ma dite
« épouse en toute propriété l'entier mobilier et mar-
« chandises qui se trouveront dans ma maison à
« mon décès. » Le sieur Boun étant décédé sans en-
fants, sa veuve demanda aux sieurs et demoiselles
Prévost, héritiers institués, la délivrance de son legs
d'usufruit. Ceux-ci demandèrent à être autorisés,
nonobstant la clause contraire du testament de leur
auteur, à faire faire inventaire des biens laissés par
le défunt, à l'effet de connaître la force de l'hérédité.

Le 10 juin 1828, jugement frappé d'appel.

Puis arrêt de la Cour de Toulouse ainsi conçu :

« LA COUR : — Attendu, que le bénéfice d'inven-
« taire est introduit dans le Code civil art. 793 et
« suivants, afin que les héritiers appelés à une suc-
« cession puissent en examiner la consistance et dé-
« libérer s'il leur convient de l'accepter purement et
« simplement; — Attendu que ce droit dérivant de
« la loi et non de la volonté du testateur, il n'était
« pas au pouvoir du sieur Boun de l'interdire aux
« enfants Prévost, qu'il a institués ses héritiers, pour
« les contraindre à accepter purement et simplement
« ou à renoncer; dès lors la dispense en faveur de
« la veuve, à laquelle le sieur Boun a légué la jouis-
« sance de son hérédité, et la prohibition à ses héri-
« tiers de faire procéder à un inventaire ne peuvent
« avoir d'autre effet que d'affranchir la veuve de
« cette formalité, mais non de l'interdire valable-
« ment aux héritiers, lorsqu'ils offrent de le faire à

« leurs frais, et qu'ils ne prétendent pas apporter de
« changement au mode d'administration que le testateur a fixé pour sa veuve, ni restreindre les
« avantages que ce mode lui assure;— Attendu que,
« ne devant supporter aucun des frais d'inventaire
« et ses droits n'étant nullement restreints, la veuve
« Boun est évidemment sans intérêt pour s'opposer à
« l'inventaire.

« Attendu, sur les conclusions subsidiaires de la
« veuve Boun tendant à se faire déclarer propriétaire du mobilier et marchandises existant dans
« la maison au décès de son mari, dans le cas où les
« héritiers contreviendraient à la prohibition de
« faire inventaire, que ces conclusions n'ont d'autre
« but que d'assurer cette prohibition contre les droits
« acquis aux héritiers en vertu de la loi, mais qu'é-
« tant illégale, elle ne peut produire aucun effet ni
« conférer à la veuve l'avantage que son époux voulait lui faire au-delà des autres libéralités. — Par
« ces motifs, réformant, autorise les enfants Pré-
« vost à faire procéder, à leurs frais, à un inventaire
« régulier de la succession de feu Boun, leur on-
« cle; etc. (1)...... »

Malgré les termes précis dont il se sert, nous croyons devoir faire observer que cet arrêt ne semble pas trancher une question de fond, mais plus spécialement une question d'interprétation de la volonté du

(1) S. 32. 2. 322.

testateur, qui avait eu pour but d'affranchir la veuve de la formalité de l'inventaire et non d'en interdire le bénéfice aux héritiers. On peut donc supposer que les circonstances de la cause ont pu entraîner cette décision, sans voir en elle la négation de l'opinion que nous avons émise.

La Cour de Bordeaux, de son côté, a jugé qu'un père a pu valablement interdire, par son testament, à ses enfants, toute apposition de scellés et inventaires au sujet de sa succession et que la peine, qu'il aurait établie pour le cas de contravention à cette disposition, devrait être appliquée en tant qu'elle n'excéderait pas la quotité disponible. « Attendu que, dit « la Cour, la peine testamentaire qu'établit le père « de famille serait susceptible d'application, puisque, « n'atteignant que la portion disponible, elle n'ex- « cède pas les limites de son pouvoir ; — Qu'en un « mot, Laporterie a été le maître de subordonner à « l'accomplissement de la condition, exprimée plus « haut, le partage qu'il a fait de sa fortune entre ses « enfants, sans attribution de préciput à aucun « d'eux. »
(2 janvier 1833) (1).

Conformément à cet arrêt, et quels que soient les doutes résultant de l'arrêt de la Cour de Toulouse ci-dessus, nous maintiendrons l'opinion que nous avons émise, car nous croyons que le bénéfice d'inventaire

(1) 2 janvier 1833. — Sirey, 1833. 2. 538.

n'a trait qu'à l'intérêt particulier des individus, que tout au moins sa prohibition ne présente pas des caractères d'illégalité suffisants pour ne tenir aucun compte de la volonté du testateur, qui, nous l'avons dit, doit rester autant que possible notre guide en la matière.

IV. — Une des dispositions les plus fréquentes est celle par laquelle un testateur, ou plus particulièrement un ascendant, réunit dans un même legs ou dans un même partage ses biens et ceux de la succession de son conjoint.

Une pareille disposition est-elle valable ?

La question se résout à savoir si le testateur, qui lègue la chose d'autrui, si l'ascendant, qui comprend dans le partage avec ses biens ceux de la succession de son conjoint, déroge à une loi d'ordre public ou d'intérêt général, ou seulement à une loi d'intérêt privé.

Au premier abord, on pourrait croire que la prohibition de la loi repose sur des motifs d'ordre public et qu'en effet l'ordre public est intéressé à ce que personne ne lègue une chose ne lui appartenant pas.

Mais ce n'est là qu'une vaine apparence.

Léguer la chose d'autrui, ce n'est pas disposer de la chose d'autrui.

Dans l'ancien droit, si le testateur croyait la chose sienne, le legs était nul, car il n'eut pas fait le legs, s'il avait su qu'elle appartint à autrui. Quelques au-

teurs pensent même qu'il en doit être ainsi aujourd'hui.

Si, au contraire, il avait connu cette situation, le legs était valable et l'héritier devait acheter la chose et la livrer au légataire ou lui en payer l'estimation.

C'est pour prévenir les difficultés d'interprétation de volonté, si fréquentes en cette circonstance, que les rédacteurs du Code ont prohibé d'une façon générale le legs de la chose d'autrui (art. 1021 du Code civil).

Les auteurs sont généralement d'accord en ce sens (1).

MM. Aubry et Rau s'expriment ainsi : « Comme la
« question de savoir si le testateur, en léguant la
« chose d'autrui, avait ou non agi en connaissance
« de cause, donnait lieu à de nombreux procès, les
« rédacteurs du Code civil ont cru devoir, pour en
« tarir la source, déclarer nul, dans tous les cas, le
« legs de la chose d'autrui (2). »

Ainsi donc l'art. 1021 du Code civil porte uniquement sur une question d'interprétation de la volonté du testateur; c'est là une question d'intérêt privé. Le testateur peut donc déroger à l'art. 1021 et sanctionner sa disposition par une peine qui sera encourue par le contrevenant.

Ce qui vient d'être dit du testateur, léguant la chose d'autrui, s'applique également à l'ascendant, réunissant, dans un seul acte de partage, tant ses

(1) Duranton, t. IX, n° 243.

(2) 4^e édition, t. VII, § 675 et 676, note 2, page 452.

biens que ceux de son conjoint prédécédé; car le legs de la chose du légataire est assimilé au legs de la chose d'autrui.

L'ascendant a donc pu valablement déroger à l'art. 1021 et ajouter à sa disposition une clause pénale (1).

Plusieurs arrêts l'ont décidé ainsi :

La Cour de cassation avait déjà jugé implicitement, dès le 17 janvier 1811, que le legs, fait par le testateur de sa propre chose dans le cas où serait contesté le legs qu'il fait de la chose d'autrui, doit avoir tout son effet, mais, par un arrêt fondamental en la matière, elle a posé, sur le rapport de M. de Malleville précité, le 1^{er} mars 1830 (2), le principe d'*option* qui domine la discussion de la clause pénale. Il nous est donc indispensable de l'exposer dans tous ses détails.

Voici comment se présentait la question.

Les sieur et dame de Leguat avaient eu trois filles

(1) M. Bartin, dans l'ouvrage précité page 227, présente ainsi la question : « Toute condition par laquelle, dit-il, on impose à l'héritier de ne pas invoquer l'art. 1021, contre une disposition que ce texte réprouve, transforme le legs principal et direct de la chose d'autrui que cette disposition contient, en un legs différent et valable, puisqu'il a pour objet une abstention de l'héritier. La clause pénale a donc ici la vertu singulière d'effacer, à elle seule, le vice d'une disposition principale. On ne s'en étonnera pas, si l'on veut bien se rappeler qu'elle joue un rôle analogue en matière de stipulations pour autrui. Là aussi elle prévient la nullité de l'opération, en faisant naître au profit du stipulant un intérêt, et par suite une action. Dans l'un et l'autre cas si la clause pénale assure la validité d'un acte principal, qui serait nul sans elle, cela tient à la transformation qu'elle lui fait subir. »

(2) Sirey, 1828-1830. 1. 460.

qui furent mariées aux sieurs Charlin, Giray et de Veyle. La dame de Veyle décéda, laissant pour héritière une fille unique; en 1813, la dame de Leguat décéda aussi, après avoir légué la quotité disponible de ses biens à son mari et engagé ses deux filles, les dames Giray et Charlin, et sa petite-fille, la demoiselle de Veyle, à s'en rapporter à leur père pour le partage des biens qu'elle leur laissait.

En 1826, le sieur Leguat fit son testament, où se trouve le partage entre ses deux filles et sa petite-fille, non seulement des biens que le testateur possédait en propre, mais encore de ceux qui composaient la succession de feu sa femme; vient ensuite une clause ainsi conçue: « J'engage ma famille à se sou-
« mettre à la présente distribution et, dans le cas où
« l'une de mes héritières voudrait l'attaquer, je la
« prive de tout ce qui pourra excéder le quart auquel
« elle a droit, soit dans la succession de ma défunte
« épouse, soit dans la mienne propre, et donne l'ex-
« cédent dudit quart à celles qui auraient été atta-
« quées. »

La demoiselle de Veyle demanda la nullité pure et simple et du partage qui se trouvait fait dans le testament de son aïeul et de la clause que nous venons de transcrire.

La disposition portant partage est nulle, disait-elle, pour la totalité, parce qu'elle embrasse des biens qui n'appartenaient pas au testateur; qu'elle confond les biens de celui-ci avec ceux de sa défunte

femme et fait du tout une même distribution; tel est le vœu de l'art. 1021 du Code civil, d'après lequel toute disposition testamentaire du bien d'autrui est nulle.

Quant à la clause pénale qui se trouve dans le même testament, et par laquelle le testateur prive d'une partie de sa succession celui de ses héritiers qui ne se conformera pas au partage qu'il vient de faire, cette clause est également nulle comme formant une condition contraire à la loi (C. civ., 900). Imposer à ses héritiers la condition de ne pas se prévaloir d'une nullité établie par la loi, c'est bien leur imposer une condition contraire à la loi et conséquemment une condition qu'il faut réputer non écrite (même article). — 2 août 1828, jugement qui accueille la demande de la demoiselle de Veyle.

Appel par les dames Charlin et Giray — 6 mars 1829, arrêt de la Cour royale de Lyon qui confirme, quant à la nullité du partage testamentaire, et en conséquence maintient cette nullité; mais qui infirme quant à la clause conditionnelle mise à la suite du partage, ordonne en conséquence que le nouveau partage aura lieu, soit des biens maternels, soit des biens paternels, et que, conformément à l'intention du testateur, la portion disponible de ses biens sera attribuée à ceux de ses héritiers qui n'ont pas attaqué le partage. — Voici les motifs de cet arrêt :

« Attendu que le testament de M. de Leguat du
« mois de novembre 1826 contient deux disposi-
« tions biens distinctes.

« Dans la première, il fait entre ses trois filles le
« partage de ses biens dans lequel il réunit ceux de
« sa femme prédécédée.

« Par la seconde, il engage sa famille à se soumettre
« à cette distribution et, prévoyant le cas où elle ne le
« ferait pas, il dispose que, dans le cas où l'une de
« ses filles voudrait l'attaquer, il la prive de tout ce
« qui pourrait excéder le quart auquel elle a droit, soit
« dans la succession de sa défunte épouse, soit dans
« la sienne propre, et donne l'excédent dudit quart à
« celles qui auraient été attaquées.

« Attendu que, d'après les lois et la jurisprudence,
« le sieur de Leguat était absolument le maître de dis-
« poser de la portion préciputaire de ses biens par
« des dispositions simples, indirectes et condition-
« nelles, pourvu que ces dispositions n'eussent rien
« de contraire aux lois et aux mœurs.

« Attendu que la condition qu'il a mise à la dis-
« position du quart de ses biens, ou plutôt l'option
« qu'il a donnée à ses enfants, en leur proposant
« d'adopter le partage qu'il leur présentait et, au cas
« contraire, de souffrir le prélèvement du préciput,
« n'a rien d'illicite, ni rien de contraire aux lois et
« aux mœurs, mais que néanmoins ce prélèvement
« devait se borner à ses propres biens.

« Attendu que les articles 1218, 1226 et 1227 du
« Code, ne sont relatifs qu'aux obligations et non
« aux dispositions testamentaires; que, d'autre part,
« ainsi qu'on l'a dit, la disposition du testament de

« M. de Leguat ne présente à ses enfants qu'une option, et qu'elle les a laissés les maîtres de choisir sur les deux conditions qu'il leur proposait... »

Ces deux derniers attendu posent formellement la théorie que nous avons admise.

M^{lle} de Veyle s'est pourvue en cassation pour violation des art. 900 et 1021 du Code civil combinés et encore de l'art. 913 du même Code.

Le 1^{er} mars 1830, arrêt :

LA COUR : — « Attendu que d'après les art. 900 et 1021 du Code civil, le legs que le testateur a fait de la chose d'autrui est réputé nul et que, dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois et aux mœurs, doivent être considérées comme non écrites. — Mais que l'arrêt attaqué s'est conformé à ces principes, puisqu'il a annulé tout à la fois et la disposition que le sieur de Leguat avait faite des biens de sa femme et la condition qu'il y avait apposée; qu'il n'a pu les violer en maintenant les dispositions que le testateur a faites de ses propres biens; qu'en décidant, à l'égard de cette dernière disposition, que l'alternative, laissée par le testateur à chacune de ses trois héritières, ou d'exécuter le partage ou de s'en tenir à la portion à elle réservée par la loi, ne constituait qu'une option et par conséquent ne renfermait aucune clause pénale, ni condition contraire aux lois, cet arrêt a souverainement résolu une question de volonté qui ne peut plus être agitée devant la Cour.

« Rejette. »

Par autre arrêt du 1^{er} mars 1831, elle confirme encore, sur le rapport de M. Mestadier, la solution précédente.

Arrêt :

LA COUR : — « Vu les articles 1021, 900, 1133 et 1172 du Code civil ;

« Attendu que la dame Paney pouvait directement et sans condition disposer du quart de ses biens à titre de préciput en faveur de son fils, et, qu'en subordonnant cette disposition à l'exécution du partage des biens paternels qu'elle avait fait entre ses trois enfants, la dame Paney n'a point privé ses deux filles du droit de faire annuler ce partage ; ce n'est autre chose qu'une disposition conditionnelle, une option laissée au libre arbitre des parties intéressées, ce qui ne présente rien de contraire aux lois ;

« Rejette (1). »

La question devient plus délicate lorsque le legs de la chose d'autrui, n'étant autre que le legs de la chose du légataire lui-même, comme dans les cas précédents, il arrive que le légataire ou l'héritier, à qui est imposée par ce fait l'aliénation de sa chose, est incapable d'aliéner, par exemple lorsque le légataire ou l'héritier est un mineur.

(1) Sirey, 1831. 4. 400. — Voyez au sujet de cet arrêt les développements des moyens de cassation et les intéressantes observations faites par M. le rapporteur et que leur étendue nous empêche de rapporter. — Voy. Orléans, 31 mars 1849, Dalloz, 1849. 2. 124.

Dira-t-on dans ce cas que la clause pénale est illicite ? Non sans doute, car une disposition de ce genre, comme les précédentes, ne renferme rien d'illicite, et l'on peut tout au plus la considérer comme juridiquement impossible, puisque, dira-t-on, l'abandon ou l'aliénation de la chose du légataire, qui se comprend lorsque ce dernier peut valablement aliéner, ne se conçoit pas dans le cas contraire, car, s'il est mineur, comme nous le supposons, il s'agirait pour lui de consentir une sorte de vente, en dehors des conditions des art. 457, 458, 459.

Un éminent professeur de la Faculté de droit de Paris, M. Bufnoir, a répondu d'une façon décisive à ce que pourrait présenter de séduisant cette argumentation, dans une savante consultation délibérée à l'occasion d'une instance tranchée, conformément à ses conclusions, par arrêt de la Cour de Dijon du 10 juillet 1879 (1).

« Il est accordé sans difficulté, dit-il, que cette condition, imposée à une personne majeure et capable, serait obligatoire et ne constituerait pas le legs de la chose d'autrui.... Mais on soutient que, s'adressant à un mineur, elle devient impossible, par la raison que son accomplissement est en contradiction avec les règles de la tutelle, que cet accomplissement ne saurait être procuré à l'amiable par les représen-

(1) Sirey, 1880. 2. 41.

tants du mineur, et qu'il n'existe, ni dans la juridiction gracieuse, ni dans la juridiction contentieuse des tribunaux, aucune base pour suppléer sur ce point à l'impuissance du tuteur. — En présence de cette allégation, une première observation se présente naturellement à l'esprit. A supposer que cela fût vrai, la prétendue impossibilité légale dont il s'agit ne serait, à tout prendre qu'une impossibilité *temporaire* : ce que le mineur ne pourrait pas faire aujourd'hui, il le pourra, dans tous les cas, au jour de sa majorité. Or, il est reconnu que l'art. 900 doit s'appliquer seulement en présence d'une impossibilité perpétuelle.... Il reste donc acquis qu'au pis aller, la condition dont il s'agit ne serait impossible que temporairement, même à l'égard du mineur. Tout au plus, par conséquent, aurait-il pu être question, de la part de la tutrice, d'un *ajournement*, non d'une *dispense* d'exécution.

« Mais il est temps d'aborder de front la thèse adverse, et de montrer qu'aucune impossibilité légale ne met obstacle, même durant la minorité du légataire, à l'accomplissement de la condition qui lui a été imposée..... Ne semble-t-il pas, à lire les arguments sur lesquels cette thèse s'appuie, qu'après le legs accepté, et régulièrement accepté, il faudrait encore faire intervenir, pour l'accomplissement de la condition, un acte juridique spécial, lequel se trouverait empêché par les règles de la tutelle? — Eh non ! Il ne faut rien de semblable. La transmission

de propriété immobilière dont il s'agit ici n'est ni une vente, ni un échange, ni une donation, ni aucun autre acte juridique spécial qui devrait être accompli dans les formes et suivant les garanties qui lui sont propres. Cette transmission de propriété immobilière s'accomplira de soi, et tout naturellement, comme conséquence virtuelle du legs, dès que cette acceptation aura été régulièrement faite. Le tribunal de Langres, d'un seul mot, a nettement dévoilé le sophisme : ce n'est pas de l'art. 457, a-t-il dit, qu'il s'agit dans l'affaire, c'est de l'art. 461. Rien de plus juste.... Voici donc la question ramenée à ses véritables termes, qui sont ceux-ci : Les règles de la tutelle permettent-elles l'acceptation au profit du mineur d'une libéralité testamentaire, lorsque cette acceptation implique, à la charge du mineur, abdication d'un droit de propriété immobilière ? » La question subsidiaire qui se pose consiste à savoir dans quelles formes et sous quelles garanties cette acceptation devra être faite, s'il faudra l'homologation de justice ou s'il suffira de l'autorisation du conseil de famille : question étrangère à notre sujet.

La Cour de Dijon par l'arrêt précité a consacré cette doctrine.

De même, la Cour de Besançon, par arrêt du 16 janvier 1846 (1), avait déjà admis la même solution, en déclarant que la clause en question, ne comprenant

(1) Sirey, 1846. 2. 267.

qu'une simple option accordée aux enfants, doit recevoir exécution, même contre celui qui était *mineur* à l'époque du partage. « Attendu, dit le jugement du tribunal de Lons-le-Saulnier du 28 août 1844 que l'arrêt précité a confirmé, qu'on ne voit pas en effet de motifs plausibles pour refuser à un donateur la faculté de faire les mêmes dispositions au profit de ses enfants mineurs qu'au profit de ses enfants majeurs et que la seule différence consiste dans le droit en faveur des premiers de conserver l'option jusqu'à leur majorité; qu'il est même vrai de dire que la nécessité de faire cette option ne commence pour eux qu'à leur majorité, d'où il suit que les dispositions du donateur ou du testateur doivent être envisagées en pareil cas, comme si tous ses enfants avaient été majeurs au moment de la passation de l'acte, dans lequel ces dispositions sont consignées (1). »

Toutefois des controverses se sont élevées. Un jugement du tribunal de Douai du 21 août 1871, avait semblé, en réservant la question, ainsi que l'arrêt de la Cour de Douai du 7 décembre 1871, rendu sur

(1) M. Bartin, dans l'ouvrage précité (page 231), tout en admettant d'une façon générale l'opinion que nous venons d'émettre, la repousse lorsqu'il s'agit, comme dans l'hypothèse précitée, d'un partage dans lequel l'ascendant a compris ses biens et ceux de son conjoint prédécédé, car, dit-il, ce n'est pas alors seulement un legs de la copropriété des autres enfants, c'est un partage accompagné de ses garanties naturelles, le privilège et l'action en rescision, et l'ascendant n'a aucun titre pour faire naître ces droits exorbitants. Nous ne croyons pas cette raison suffisante, et la jurisprudence s'est constamment prononcée en sens contraire.

l'appel interjeté du premier jugement, pencher vers un autre parti (1). Lorsqu'un arrêt de la Cour de Caen du 9 juin 1874, infirmant un jugement du tribunal civil de Bayeux du 19 novembre 1873, est venu contredire en termes exprès la solution que nous avons admise avec la jurisprudence.

Voici dans quelles circonstances cet arrêt fut rendu :

Madame veuve Léger est décédée laissant pour héritiers trois enfants; dans un partage d'ascendant fait par testament, elle avait réuni ses biens et ceux de son mari, dont elle avait conservé la jouissance, et avait partagé les siens et les autres entre ses enfants; elle déclarait enfin par une clause pénale priver de la quotité disponible celui de ses enfants qui refuserait d'accepter le testament.

Jules Léger, en se fondant sur ce que la testatrice, en disposant des biens de son mari, avait légué la chose d'autrui, a demandé la nullité du testament. Son frère et sa sœur, tout en admettant la nullité du testament, ont demandé l'application de la clause pénale.

Le 19 novembre 1873, le tribunal civil de Bayeux faisait droit à leurs conclusions, annulait le testament à raison du legs de la chose d'autrui et prononçait l'application de la clause pénale contre Jules Léger.

Appel fut interjeté par ce dernier, et la Cour de

(1) Aff. Le Saffre, Sirey, 1873. 2. 305. — Voy. *id.*, Cass., 25 avril 1860. Sirey, 1860. 1. 635; Cass. 6 juin 1883. Dalloz, 1884. 1. 33.

Caen rendit, le 9 juin 1874, l'arrêt dont la teneur suit : .

LA COUR :—« Attendu en fait que dans son partage testamentaire du 18 février 1866, la veuve Léger a compris tous les biens propres de son mari, sur lesquels elle n'avait aucun droit de propriété, et tous les biens composant la société d'acquêts ayant existé entre elle et son mari, qui ne lui appartenaient que jusqu'à concurrence de moitié ; qu'elle a composé du tout, auquel elle a réuni ses propres biens, trois lots, sans tenir aucun compte de l'origine des biens partagés, de telle sorte que aucun des enfants n'a sa part en nature dans la succession de ses père et mère ; qu'enfin, elle déclarait qu'elle léguaît la quotité disponible à celui ou à ceux des enfants qui exécuteraient le partage par elle fait de la manière qui vient d'être indiquée.

« Attendu en droit que la faculté, accordée par l'art. 1075 du Code civil aux père et mère de faire par un acte testamentaire le partage anticipé de leurs biens entre leurs enfants, ne peut s'entendre que des biens dont chacun d'eux a la propriété ;

« Qu'aucun doute à cet égard n'est possible, puisqu'indépendamment des termes de l'art. 1075, l'art. 1021 du même Code frappe de nullité le legs de la chose d'autrui ; qu'il suit de ces deux textes combinés que, si le testateur embrasse confusément dans les lots qu'il fait, tant les biens dépendant de la société d'acquêts ayant existé entre lui et son con-

joint prédécédé, que les biens propres de ce conjoint, il excède ses pouvoirs et que le partage par lui effectué est nul.

« Attendu qu'en défendant aux père et mère de disposer par voie de partage anticipé de la chose d'autrui, le législateur a dû vouloir que la prohibition qu'il prononçait fut observée, sans quoi il ne l'aurait pas édictée, que dès lors, on ne peut pas supposer facilement qu'il ait, dans d'autres dispositions législatives, offert le moyen de contrevenir aux articles 1071 et 1021 précités ; que telle serait cependant la conséquence directe et certaine de la validation des clauses pénales insérées à la suite des partages testamentaires composés de biens n'appartenant pas tous au testateur ; que sans doute les clauses pénales, dont le but est, suivant l'art. 1226 du Code civil, d'assurer l'exécution d'une obligation, n'ont rien d'illicite dans les partages testamentaires, lorsqu'elles n'ont pour objet que de les protéger contre des critiques mal fondées, mais qu'il en est autrement quand ces partages contiennent un legs de la chose d'autrui, parce que, suivant l'art. 1227 du même Code, la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale ; que cet article est applicable, par analogie, aux partages testamentaires, puisque les raisons, qui ont porté le législateur à prononcer la nullité des clauses pénales destinées à donner force exécutoire à une obligation prohibée, existent avec une égale puissance lorsqu'il s'agit de contraindre

un héritier à respecter des lots qui lui font subir une véritable expropriation forcée; que vainement, prétend-on, pour se soustraire à l'application de l'article 1227, que la convention, faisant avec la clause pénale un tout indivisible, celle-ci ne saurait subsister quand l'autre est anéantie, tandis que le partage testamentaire et la clause pénale seraient indépendants l'un de l'autre, et que, dès lors, la nullité du premier ne devrait pas entraîner la nullité de la dernière, que cette prétendue possibilité d'isoler la clause pénale du partage testamentaire, dont elle n'est que la sanction, n'existe pas, puisqu'il résulte de l'ensemble du testament du 18 février 1866 que la quotité disponible n'est léguée que pour le cas où le partage serait attaqué; qu'il s'agit donc d'un legs conditionnel et pénal, d'un legs dont la cause est unique et expressément déterminée; qu'il est dès lors indispensable de rechercher si cette cause, *causa pænæ*, est licite, et que, si elle ne l'est pas, la testatrice n'a pas eu le pouvoir de l'imposer; que séparer la peine de la cause pour laquelle elle a été prononcée, ce serait contrevenir à la volonté de la testatrice qui a déclaré que, sans cette cause, elle n'aurait pas légué la quotité disponible; que même, en matière civile, une peine infligée sans cause serait une grave atteinte à toutes les notions du juste et de l'injuste, qu'à plus forte raison, la peine édictée pour le refus d'exécuter une violation de la loi ne doit pas être appliquée par les tribunaux.

« Attendu que, considérée au point de vue d'un legs conditionnel, la clause pénale qui termine le testament du 18 février 1866, devrait encore être annulée, en vertu de l'art. 900 du Code civil; qu'en effet, cette disposition législative répute non écrites les conditions contraires aux lois et aux mœurs; qu'à la vérité, les intimés essayent de conjurer l'application de ce texte en prétendant qu'il ne frappe que les conditions contraires aux lois d'ordre public, mais que cette distinction entre les partages simplement contraires à la loi et ceux qui sont contraires à l'ordre public est inadmissible; que, sans nul doute, il n'y aurait pas lieu de réputer non écrite une clause pénale ayant pour objet le maintien d'une simple inégalité de valeur dans les lots, parce que cette inégalité n'est elle-même qu'une disposition de la quotité disponible, que le père de famille avait le droit de faire dans les limites de l'art. 913 du Code civil, et qu'alors la clause pénale ne porte ni directement, ni indirectement atteinte à la loi, mais que, lorsqu'elle a pour but de forcer un héritier à renoncer à sa propriété pour recevoir, à sa place, des valeurs quelconques qui ne lui conviennent point, la validation de semblables clauses pénales, devenues de style dans tous les partages d'ascendants, serait un encouragement à la violation des art. 1021 et 1078 précités.

« Attendu, d'ailleurs, que la distinction ci-dessus est en opposition manifeste avec l'art. 900, lequel

n'atteint pas seulement les conditions contraires à l'ordre public, mais encore celles qui sont simplement contraires aux lois et qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas; qu'il suffit, au surplus, de comparer les termes de cet art. 900 avec ceux de l'art. 6 du Code civil, pour avoir la certitude que le premier de ces textes s'applique aux conditions contraires aux lois en général et non pas seulement aux lois d'ordre public; qu'enfin nulle part le mot : Lois, employé seul, ne signifie ordre public ou lois d'ordre public.

« Attendu que vainement, objecte-t-on encore que la testatrice a offert à son fils une option que celui-ci peut faire en toute liberté;

« Qu'il n'y a d'option valable que celle dont les deux termes sont licites; que, si l'un des deux est défendu par une loi, en réalité il n'y a plus d'option; que, certainement dans la cause, cette prétendue option ne présenterait, pour l'héritier, d'alternative qu'entre un préjudice plus ou moins considérable.

« Attendu que ce n'est pas avec plus de fondement qu'on prétend que Jules Léger aurait pu valablement accepter la spoliation dont il demande le redressement, et que, dès lors, le moyen correctif auquel la mère de famille a eu recours ne porte aucune atteinte à la loi; que d'abord, ce raisonnement peut aussi être présenté par rapport aux atteintes à la réserve légale, parce que, dans ce

dernier cas, il ne s'agit également que d'intérêts privés, que cependant on annule les clauses pénales stipulées pour faire produire effet à ces atteintes ; qu'en réalité, il n'existe pas de différence appréciable entre le legs de la chose d'autrui et la diminution de la réserve, puisque les deux dispositions contiennent une violation du droit de propriété et qu'on ne conçoit pas que l'on repousse l'une et qu'on maintienne l'autre ; qu'ensuite autre chose est l'exécution librement consentie, autre chose est l'exécution à laquelle on est contraint par une clause pénale, et que, s'il est permis à l'héritier de renoncer volontairement à un droit, il doit être défendu au père de famille d'imposer à ses enfants, malgré eux, un mode de partage qui excède les limites des pouvoirs que l'art. 1075 confère aux ascendants et qui viole ouvertement l'art. 1021 ; que, dès lors, tous les moyens détournés, employés dans le but de faire produire effet au legs de la chose d'autrui, doivent être pros crits comme constituant une fraude à la loi.

« Qu'enfin, ce n'est pas contrevenir à la volonté du disposant que de ne pas accomplir un fait dont la loi l'a virtuellement dispensé, par cela seul qu'elle l'interdit.

« Par ces motifs ;

« Infirme, etc. (1). »

.....
.....

(1) Sirey, 1876. 2. 234.

Cet arrêt fut rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Lanfranc de Panthou, que nous regrettons de ne pouvoir rapporter ici, par suite de leur étendue considérable, d'autant plus qu'il eût été plus facile de se convaincre des points défectueux qu'elles renferment en les ayant sous les yeux.

On les trouvera d'ailleurs dans le *Recueil général des lois et arrêts de Sirey*, année 1876. 2. 234 et les arguments, sur lesquels s'appuie ce magistrat, peuvent en fait se résumer de la manière suivante :

« 1° Ce qui distingue le legs sous condition d'une disposition testamentaire illégale garantie par une clause pénale, dit M. Lanfranc de Panthou, c'est que dans le legs sous condition nous voyons toujours des deux côtés une intention libérale et bienfaisante; c'est une question d'équivalent, » et ce magistrat cite comme exemple celui, où un testateur déclarerait léguer à un tiers une somme de 100,000 fr. à condition que ce tiers renoncerait à sa succession ou à telle autre à laquelle il est appelé.

Il ajoute que dans l'un de ces cas comme dans l'autre, l'héritier est avantagé : ou il conservera la succession de son père, ou il recevra en compensation une somme de 100,000 fr. ; dans les deux cas il y aura toujours avantage pour lui.

« Mais, dans ce testament avec clause pénale, dit-il plus loin, que voyons-nous ? D'un côté, une exhérédation conditionnelle, et, de l'autre, une spoliation

de la chose qui appartient à l'héritier. Où est la disposition faite *liberali menti, beneficii causâ*? On la chercherait vainement. Comme condition de l'illégalité qu'on impose à l'héritier, qu'est-ce qu'on lui lègue? Absolument rien. »

Cette argumentation ne nous séduit pas.

Bien au contraire, ne voit-on pas que la différence de fond que l'on veut établir est précisément démentie par l'exemple cité.

Dans les deux cas, le testateur offre à celui qu'il gratifie un choix à faire entre deux partis, ou accepter son testament tel quel, ou se contenter, dans un cas, de la succession du père, que ce dernier a pu réduire par des legs à la réserve, dans l'autre, à la réserve pure et simple.

N'y a-t-il pas au fond, identité de situation?

2°, 3°. Les deuxième et troisième arguments sont tirés de ce qu'on ne saurait faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement et que l'accessoire suit le sort du principal. Ce sont là deux raisons auxquelles nous avons déjà répondu dans notre première partie, en démontrant que, d'un côté, le testament ne forçait pas l'héritier à faire une chose illicite, qu'il ne lui offrait qu'un choix, et, de l'autre, que la disposition avec clause pénale présentait par cette même option deux dispositions distinctes. Nous n'y reviendrons pas.

4° Enfin, comme dernier et principal argument, M. Lanfranc de Panthou pense que l'art. 900 prohibe non seulement les conditions contraires aux

lois d'ordre public, mais encore celles contraires aux lois d'intérêt privé.

C'est là une affirmation démentie et par les auteurs et par la jurisprudence. Nous ne voyons guère que Merlin (1), qui ait semblé admettre en partie cette solution; la jurisprudence reproduit partout la distinction que nous avons adoptée et d'ailleurs les raisons données par M. Lanfranc de Panthou ne nous semblent pas devoir faire déroger à cette tradition.

Ce magistrat prétend qu'avec notre solution l'art. 900 fait double emploi avec l'art. 6, et toute son utilité serait alors de réputer non écrites les conditions qu'il prohibe.

Mais n'est-ce pas là un résultat suffisant, et le législateur en a-t-il jamais eu d'autres en vue? Les circonstances dans lesquelles a été admis l'article en question n'indiquent-elles pas clairement les considérations qui l'ont dicté?

Enfin est-il besoin de s'arrêter à l'objection tirée des difficultés que l'on rencontre à distinguer les lois qui intéressent l'ordre public de celles qui n'ont trait qu'à l'intérêt privé?

Est-ce la difficulté d'application d'un principe qui doit en entraîner la négation? Non sans doute, et admettre un pareil raisonnement, serait par voie de conséquence rejeter l'art. 6, dont l'application présentera aussi de nombreux inconvénients.

(1) *Legs*, sect. III, § 3, n° 4.

Par ces quelques mots, que l'étude, faite en la première partie, permettra de compléter en ce qu'ils ont de trop concis, nous croyons avoir suffisamment répondu à l'argument tiré de l'arrêt de Caen ci-dessus, et nous continuerons à voir dans l'hypothèse qu'il présente une simple option soumise à l'héritier.

Sans doute, comme le dit l'arrêt, il n'y a d'option valable que lorsque les deux termes de l'option ne portent pas atteinte aux lois. Mais, ici, comme partout, nous ferons toujours la même distinction que nous avons à maintes fois répétée. Oui, dirons-nous, si l'un des termes de l'option est contraire à une loi d'ordre public ou d'intérêt général, il n'y a plus d'option.

Mais au contraire l'option est valable si l'un de ces termes est seulement contraire à une loi d'intérêt privé. Or, dans la circonstance, l'enfant a à opter entre sa réduction à la réserve et l'exécution d'un partage nul, comme fait en violation de l'art. 1021. Le second terme n'est relatif qu'à une loi d'intérêt privé, et dès lors il est susceptible de renonciation.

Quant à l'objection tirée du préjudice que l'héritier peut souffrir de l'existence de la clause pénale, nous y avons répondu en montrant qu'un préjudice résulte également de toute charge et condition ; et, quant à celle tirée de la contradiction apparente existant dans la jurisprudence qui se prononce différemment lorsqu'il s'agit d'une clause pénale por-

tant atteinte à la réserve, la jurisprudence, comme les auteurs qui la suivent, y répond logiquement lorsqu'elle déclare trouver à tort ou à raison (c'est ce que nous verrons plus loin) dans la réserve un principe d'ordre public, tandis que dans l'hypothèse il ne s'agit que d'un intérêt privé : la renonciation par l'héritier à attaquer un testament qui lui cause un préjudice purement personnel (1).

Malgré l'arrêt de Caen du 9 juin 1874 et les conclusions de M. l'avocat général Lanfranc de Panthou qui l'ont motivé, nous persisterons donc dans la solution admise par la Cour de cassation, suprême interprète des lois, et nous pensons même que cet arrêt n'eût pas échappé à sa censure, s'il lui avait été soumis.

V.— Il nous reste à étudier une question, qui, plus que toute autre, a exercé l'attention et la critique des auteurs, et dont la solution est loin d'être encore aujourd'hui définitivement arrêtée :

Nous voulons parler de la réserve légale dans ses rapports avec la clause pénale.

Un ascendant, faisant entre ses enfants le partage

(1) Voir pour plus de détails, notes de l'arrêtiste S. 1876. 2. 233 ; Laurent, t. XI, n° 485 ; M. Bonnet, *Partage d'ascendant*, nos 389 et 390 ; MM. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VII, § 675 et 676, note 12, p. 152 ; Locré, t. XI, p. 257, n° 11 ; Duranton, t. IX, nos 243 et suiv. ; MM. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 165 *bis*, 2^e et 166 *bis*, 3^e ; Marcadé, t. IV sur l'art. 1021, n° 1 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 445, texte et notes 3 et 4 ; Laurent, t. XIV, n° 127-132 ; Demolombe, *Donation et testament*, t. IV, n° 678 et t. I, n° 280 ; Troplong, *id.* t. III, n° 1948.

anticipé de ses biens, leur interdit sous peine d'être privés de leur part dans la quotité disponible, d'attaquer le testament ou la donation qui le contient.

Nous venons de voir que la clause pénale serait encourue par l'enfant qui attaquerait le partage comme disposant de la chose d'autrui, nous avons maintenant à rechercher, si dans le cas où la contestation qu'il élève est fondée sur une atteinte portée à sa réserve, il pourra, malgré l'action qu'il intente à ce sujet, échapper à l'application de la clause pénale.

L'affirmative a rencontré de nombreux partisans et M. Laurent, posant la question, répond qu'elle n'est pas douteuse.

« Si le législateur, ajoute-t-il, ne permet pas au père de famille de disposer de tous ses biens quand il laisse des enfants, c'est qu'il a des devoirs à remplir envers ceux auxquels il a donné la vie; or, tout devoir qui incombe au père comme tel est d'ordre public. C'est encore pour la conservation des familles, que le législateur a établi des réserves; et certes c'est là le plus grand des intérêts sociaux puisqu'il n'y a point de société sans familles. Donc la réserve est à tous égards d'intérêt général, et par suite la clause pénale, qui tendrait à priver un enfant de sa réserve ou à la réduire, est contraire aux lois et comme telle réputée non écrite (1).

La jurisprudence de son côté paraît fixée générale-

(1) M. Laurent, t. XI, n° 479.

ment dans le même sens. « Voy. Paris 28 janvier 1853. S. 55. 2. 425; Cass. 9 décembre 1862. S. 1864. 1. 265. 266; Bordeaux 9 juin 1863. S. 63. 2. 219; Caen 15 juin 1863. S. 64. 2. 292; Cass. 14 mars 1866. S. 66. 1. 353; Cass. 22 juillet 1874. S. 74. 1. 479; Paris 17 mars 1877. S. 77. 2. 467; Cass. 6 mai 1878; Caen 22 février 1878 et Cass. 22 juillet 1879. »

Mais quelque nombreuses que soient ces décisions, quelque considérable que puisse être l'autorité de M. Laurent, nous ne pouvons admettre cette solution et nous avons peine à comprendre comment la jurisprudence qui, à maintes reprises, s'est prononcée hautement pour la théorie de l'option, juge en cette occasion dans un sens qui paraît incompatible avec le principe général.

A notre avis, l'enfant, qui attaque le partage pour la raison qu'il porte atteinte à sa réserve, doit encourir la clause pénale.

Il ne faut pas abuser de cette idée que la réserve est d'ordre public. Le testateur ne détruit pas, ne paralyse pas le droit à la réserve quand il dit à son héritier : Si vous réclamez votre réserve, si vous attaquez l'économie de mon testament, si vous préférez l'exercice du droit que la loi vous donne, je révoque toute libéralité que je vous ai faite, je ne vous donne plus rien sur la part disponible de mon patrimoine; tenant tout de la loi, vous ne recevrez rien, en outre, de ma libre volonté.

Lorsque la succession est ouverte, l'héritier peut

transiger sur la réserve à laquelle il a droit, il peut même y renoncer; pourquoi le testateur ne pourrait-il pas lui proposer une transaction que celui-ci est maître d'accepter ou de répudier.

Comme nous l'avons déjà fait observer dans la discussion générale du principe, deux droits sont ici en présence :

D'un côté, le droit pour l'ascendant de disposer de sa quotité disponible;

Et de l'autre, celui pour l'enfant de réclamer sa réserve.

L'ascendant peut donc disposer de sa quotité disponible comme il l'entend, soit purement et simplement, soit sous telle condition qu'il juge convenable.

Si, de son côté, l'enfant prétend que l'ascendant a porté atteinte à sa réserve, il pourra sans doute agir en réduction, c'est le droit que lui accorde l'art. 920 contre les dispositions excessives faites par son ascendant.

Ce droit ne peut sans aucun doute lui être enlevé, pour les raisons émises ci-dessus par M. Laurent, auquel nous nous rallions sous ce point de vue.

Mais c'est aussi pour l'ascendant le droit corrélatif de disposer comme il l'entend de sa quotité disponible.

Il le peut faire directement, *a fortiori* le peut-il faire sous condition.

C'est ce second parti qu'il prend, quand il met pour condition, au partage qu'il fait entre ses enfants,

que, si l'un d'eux l'attaque pour quelque cause que ce soit, il lègue par préciput à ses autres enfants la quotité disponible.

Par ce fait, chacun de ses enfants se trouve dans l'alternative, ou d'exécuter le partage tel qu'il est, ou de réclamer sa réserve et de s'en contenter.

La disposition ainsi faite est indivisible, chaque enfant n'a que cette option ; et nous ne voyons pas ce qu'il pourrait y avoir de contraire à l'ordre public dans cette situation qui leur est faite par le testateur ou donateur, alors que les deux partis, entre lesquels l'enfant a le choix, ne touchent qu'à son intérêt privé et peuvent faire l'objet d'une renonciation.

M. Carette, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation précité du 9 décembre 1862, a combattu cette application de la théorie de l'option en ces termes :

« Cette théorie de l'option, dit-il, qui exposerait le réservataire, mû par un sentiment de respect, très louable d'ailleurs, pour la volonté de son auteur, à se voir priver d'une partie même de sa réserve, paraît inconciliable avec le soin qu'a pris le législateur de garantir au moins aux héritiers, qui s'y trouvent réduits, l'intégralité de leur part réservataire. Aussi, l'héritier, à qui une partie déterminée des biens du *de cujus* est attribuée par la loi, use-t-il d'un droit incontestable, en demandant que, avant toute option de sa part, il soit vérifié si les dispositions du testament ne portent pas atteinte à sa réserve. Il pourra sans doute être puni de son hésitation, car, si l'éva-

luation des charges, dont il s'effraie, établit qu'elles lui laissent encore une part supérieure même à sa réserve, il ne lui sera plus permis de la proclamer, et il aura encouru la peine testamentaire. Mais, par contre, s'il est démontré que les charges et conditions imposées par le testateur excédaient sa faculté de disposer, elles devront être effacées du testament. On ne peut donc pas prétendre que l'héritier réservataire a fait son choix dans l'alternative qui lui était offerte, parce que, au lieu d'agir au hasard, il a voulu s'éclairer et n'agir qu'en connaissance de cause; il ne résulte nullement de là, que la peine testamentaire doive lui être incontinent appliquée; et il sera temps pour lui de la subir, s'il vient à être démontré que son auteur lui avait fait une part équivalente au moins à sa réserve (1). »

Mais ces raisons ne sauraient entraîner notre adhésion.

Nous sommes toujours arrêtés, ainsi que le dit M. Demolombe, par deux objections de la plus haute gravité :

La première résulte de la sage volonté du testateur, qui a voulu précisément éviter toutes ces procédures d'expertises et autres, auxquelles donnerait lieu la fixation de la réserve et qui font entrer la discorde dans les familles.

La seconde réside dans le droit incontestable du

(1) Dev., 1864. 4. 263. 266.

testateur de réduire son héritier à la réserve, dès qu'il ne blesse pas l'ordre public.

Et, encore une fois, nous ne voyons pas comment, en la circonstance, l'intérêt général reçoit la moindre atteinte.

L'enfant a le droit de faire réduire des libéralités excessives et de réclamer sa réserve, c'est un droit incontestable et nous ne le nions pas.

Mais cette réserve, le testateur l'en prive-t-il ?

L'enfant ne la conserve-t-il pas, même au cas où la clause pénale est encourue, puisque l'effet même de cette clause est de l'y réduire ?

Ne se prononce-t-il pas lui-même pour sa réserve, ne la réclame-t-il pas, en un mot, lorsque, en attaquant le testament, il déclare lui-même s'en contenter ?

Du moment qu'elle lui arrive intacte, toute réclamation ne lui est-elle pas interdite, avec d'autant plus de raison que le testateur pouvait, par une disposition formelle, l'y réduire, même sans alternative ?

C'est à lui de voir s'il veut, en respectant le testament, courir la chance d'avoir une part de la quotité disponible, ou, en l'attaquant, se réduire à la réserve.

Il ne s'agit ici que de son intérêt particulier, c'est à lui de peser les conséquences de son option.

D'ailleurs la loi elle-même dans l'art. 917 du Code civil ne nous offre-t-elle pas l'exemple d'une semblable option déferée à l'héritier ? Prévoyant le cas,

où le disposant laisse à son héritier réservataire la nue-propiété de tous ses biens et l'usufruit à un tiers, cet article déclare que l'héritier devra choisir entre l'exécution pure et simple de la disposition et l'abandon de la quotité disponible.

C'est là une interprétation par le législateur de la volonté du disposant, qui pouvait formellement imposer cette option à son héritier. C'est un signe évident que cette option est parfaitement licite, et, l'option, que nous avons exposée plus haut, n'en différant que par son objet, est également licite et le disposant peut l'imposer à son héritier.

La seule, différence est que, dans l'hypothèse de l'art. 917, l'option n'a pas besoin d'être formulée, le législateur y supplée, tandis que, dans les autres cas, le disposant devra exprimer sa volonté à ce sujet (1).

M. Carrette critique, comme contraire à la doctrine qu'il soutient, un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1831, qui n'a vu qu'une simple option n'ayant rien d'illicite dans la disposition, par laquelle un père lègue à sa fille l'usufruit de la quotité disponible sous la condition de ne point aliéner sa réserve.

Nous pensons au contraire que cet arrêt a été bien rendu et nous regrettons de ne pouvoir rapporter ici

(1) M. Martin, qui critique notre solution, déclare la disposition licite au cas où l'atteinte portée à la réserve est minime et a pu ne pas être connue du disposant. C'est là, à notre avis, une véritable inconséquence !

à cause de leur étendue, les décisions sur lesquelles il a statué ainsi que les conclusions données par M. le rapporteur Cassini. On les trouvera dans le *Recueil de Sirey*, 1831. 4 7.7.

Voici seulement les termes de l'arrêt :

« LA COUR : — Attendu que le sieur Ricci, légua à la dame Belot, sa fille, la portion disponible de ses biens, dont il pouvait la priver entièrement en donnant cette portion à un étranger, a eu le droit d'imposer à ce legs telle charge ou condition qu'il a voulu, et que la dame Belot, de son côté, a pu s'exempter d'accomplir la condition en renonçant au legs de la portion disponible; d'où il suit qu'elle n'a point été soumise à une prohibition absolue d'aliéner la réserve légale, ce qui serait contraire à la loi, mais à la nécessité de faire une option ce qui n'a rien que de licite; — Rejette, etc. (1). »

Nous croyons en effet que l'héritier, en pareille circonstance, ne peut qu'opter pour l'un des cas prévus par le testateur, il ne saurait avoir le droit de demander préalablement l'estimation de la charge imposée à sa réserve comparativement à l'usufruit de la quotité disponible, pour savoir s'il a bien sa réserve entière.

Un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1866 (2) l'a jugé ainsi :

(1) S. 1831. 4. 77.

(2) S. 1867. 4. 431 et 432.

« LA COUR : — Sur le moyen unique du pourvoi, tiré de la fausse application de l'art. 900, C. Nap., en ce que l'arrêt attaqué aurait refusé d'ordonner une expertise et d'autres mesures d'instruction, à l'effet de vérifier si un partage testamentaire n'entamait pas la réserve de quelques-uns des héritiers au profit de l'un d'eux et si, par conséquent, la clause pénale, édictée par la testatrice contre ceux de ses héritiers qui attaqueraient ce partage, n'avait pas pour objet d'assurer l'exécution de dispositions illégales, et devait produire son effet ;

«

«

« Attendu que vainement le pourvoi reproche à l'arrêt d'avoir refusé aux demanderesses l'expertise et les autres mesures d'instruction que, par leurs conclusions, elles réclamaient à l'effet de vérifier si le partage n'avantageait pas le sieur Guérillon, ou si l'avantage qu'il pouvait contenir à son profit n'excédait pas la quotité disponible ; qu'en effet le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction qu'autant qu'elle se rattache à une demande dont il est saisi, et qu'elle lui paraît nécessaire pour éclairer un litige sur lequel il est appelé à statuer ; que, dans l'espèce, la Cour de Rouen n'était saisie par les demanderesses ni d'une action en nullité contre la veuve Guérillon, ni d'une action en réduction d'avantages prétendus excessifs ; qu'en pareille occurrence, elle eût fait ce qu'elle n'avait pas le droit de faire,

et commis un excès de pouvoir, en accueillant les conclusions des demanderesses, et en ordonnant, avant tout litige engagé, des mesures d'instruction qui, dans l'état de la cause, telle qu'elle se produisait, n'avaient pour but et ne pouvaient avoir pour résultat que d'éclairer sur leurs droits les parties qui les réclamaient et de les mettre en situation d'attaquer, le cas échéant, le testament de leur auteur, sans courir aucun risque et sans s'exposer aux conséquences d'une clause pénale, dont l'illégalité serait d'avance établie par des vérifications juridiques et contradictoires ; qu'ainsi, sur ce rapport, l'arrêt attaqué ne peut avoir violé l'art. 900, en refusant d'ordonner, quant à présent, une vérification qui ne pouvait devenir admissible en droit et nécessaire en fait qu'autant que les demanderesses, usant du délai qui leur était accordé pour faire leur option, se décideraient à poursuivre soit la nullité du partage comme entamant leur réserve, soit la réduction à la quotité disponible des avantages qu'il pouvait contenir au profit du sieur Guérillon ;

« Rejette, etc.... »

Nous dirons donc avec cet arrêt que l'héritier ne peut s'éclairer à l'aide d'une expertise, bien que la Cour de cassation de Belgique lui en reconnaisse le droit (1).

L'expertise est une mesure d'instruction qui a

(1) Rejet, 22 janv. 1837, Dalloz, *Rép. alphab.*, t. XVI, n° 188. 5.

pour objet d'éclairer le juge sur la demande qui lui est soumise. Le juge doit donc être saisi, pour que l'expertise lui paraisse nécessaire à la solution du litige.

Or, quand un héritier vient réclamer une expertise, il ne saisit le tribunal d'aucune action, il n'agit ni en nullité ni en réduction, il ne prend aucune conclusion, ce n'est pas le juge qu'il veut éclairer sur un litige qui n'existe pas encore, mais c'est lui-même qu'il veut renseigner pour choisir en connaissance de cause le parti qu'il doit prendre.

On ne saurait donc faire droit à une pareille demande, et il n'est pas permis au juge de statuer, alors qu'on ne conclut à rien.

Cette opinion est d'ailleurs fondée sur la volonté même du testateur; celui-ci, en défendant d'attaquer le partage qu'il a fait, a déclaré par là même que le partage était légal et ne portait pas atteinte à la réserve, il veut que ses héritiers s'en tiennent à sa déclaration.

En demandant une expertise ceux-ci la mettent en doute, et, par cela seul, ils contreviennent à la volonté du testateur. Ils doivent donc encourir la peine, ils ne peuvent pas l'éviter en s'abstenant de conclure.

La solution contraire mettrait, en effet, les héritiers toujours à l'abri de la peine : Si l'expertise prouvait que la réserve n'est pas entamée, ils n'agiraient pas et conserveraient ainsi le surplus; ne se-

rait-elle pas entière, ils agiraient en réduction (1).

L'opinion que nous venons d'exposer, relativement à la réserve et à l'expertise préalable, pourrait toutefois admettre un amendement.

Nous croyons en effet, qu'il convient d'excepter le cas où la disposition faite par l'ascendant aurait pour but de dissimuler et d'amoindrir les éléments de la masse, sur laquelle doivent être calculées la réserve et la quotité disponible.

L'ascendant ne saurait avoir le droit de porter atteinte par un tel moyen à la réserve de ses enfants, la clause pénale, qui aurait pour but de paralyser l'action que la loi leur accorde contre une telle disposition, devrait être considérée comme illicite et par suite annulée (2).

VI. — En dehors des cas généraux qui précèdent, on trouve diverses décisions judiciaires faisant l'application du même principe à des circonstances particulières.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Orléans du 5 février 1870 a décidé qu'un légataire, auquel le tes-

(1) Caen, 31 janv. 1848. D. 1848. 2. 154; Cologne, 23 avril 1852, D. 1852. 2. 233; Cass. 30 mai 1866, Dev., 1867. 1. 431; Cass. 27 nov. 1867, Dev. 1868. 1. 65; M. Laurent, t. XI, n° 486.

(2) Paris, 28 janvier 1853, Dev. 1853. 2. 425; Cass., 9 déc. 1862, Dev. 1864. 1. 265; M. Bartin, *loc. cit.*, trouve que, par cette solution, nous sommes en contradiction avec notre théorie de l'option et que nous devrions même dans ce cas appliquer la clause pénale. Non, et la raison en est évidente : c'est qu'ici il y a dol, que la clause pénale couvrirait le dol, et que c'est là une conséquence contraire à l'ordre public.

tateur a enjoint de respecter les dispositions de son testament sous peine de déchéance, encourt cette peine par cela seul qu'il a élevé contre le testament des contestations mal fondées, alors même qu'il aurait obtenu gain de cause sur d'autres contestations (1).

Cette solution bien que rigoureuse doit être suivie; la défense d'agir est absolue, dès que les héritiers demandent la nullité du testament, ils sont en faute. S'ils ont attaqué injustement certaines clauses, ils ont enfreint la volonté du défunt et la peine doit être encourue. C'est ainsi que l'a encore décidé un arrêt de cassation du 2 août 1869 (2).

La Cour suprême a également jugé, par arrêt du 27 novembre 1867 (3), que la clause d'un partage d'ascendant, par laquelle celui-ci attribue la quotité disponible à l'un des héritiers en cas de critique par l'autre de la composition des lots, n'est contraire à aucun principe d'ordre public et que la clause pénale doit être encourue, alors même que le partage aurait été annulé pour violation des règles tracées par les art. 826 et 832 du Code civil.

« Considérant, a dit l'arrêt de la Cour de Rouen du 28 mars 1866, soumis à la Cour suprême, qu'il y a là évidemment un don éventuel de toute la quotité disponible, et que la nullité, dont le partage testamentaire est infecté dans l'espèce, étant, non pas

(1) S. 1870. 2. 257.

(2) S. 70. 1. 132.

(3) S. 68. 1. 65.

d'ordre et d'intérêt publics, mais d'ordre et d'intérêts privés, un don pareil, quoique dérivant d'une clause pénale, se trouve légitimement acquis au donataire troublé par le fait de l'annulation, à son détriment, du susdit partage. »

La Cour de cassation dans son arrêt de rejet précité n'a vu là qu'une option légitime.

De même encore, la Cour de cassation a décidé que la disposition testamentaire, par laquelle le testateur ordonne que certains de ces immeubles seront vendus pour le prix en être partagé entre ses enfants, bien que portant atteinte au droit que l'art. 826 du Code civil donne à chaque héritier de réclamer sa part en nature, ne contrevient cependant à aucun principe d'ordre public et n'encourt point dès lors la nullité édictée par l'art. 900 ; que par suite le testateur peut préalablement sanctionner l'observation d'une telle disposition, en attribuant la quotité disponible à ceux de ses héritiers qui respecteront sa volonté, à l'exclusion de ceux qui ne s'y conformeront pas :

« Attendu, a dit la Cour suprême, que le droit de demander le partage en nature a été conféré aux héritiers dans leur intérêt privé; qu'ils peuvent donc y renoncer, comme on peut leur en imposer l'obligation sans contrevenir par là à aucun principe d'ordre public et sans encourir pour de semblables stipulations la nullité édictée par l'art. 900, C. Nap. »

.....

« Que l'option était faite dans le sens opposé aux dernières volontés de la mère, et qu'il en résultait que l'arrêt attaqué, reconnaissant la légalité de la clause pénale, devait immédiatement en faire l'application au demandeur..... »

« »

Par arrêt du 10 juillet 1849 (1), la Cour de cassation (Chambre civile) a encore déclaré valable la clause de deux testaments réciproques, par laquelle l'un et l'autre testateurs, qui se font respectivement certains legs et qui disposent de leurs biens au profit de leurs héritiers communs, d'une manière concertée entre eux, imposent aux légataires dénommés dans leurs testaments l'obligation de ne pas critiquer les dispositions qui y sont faites sous peine d'être privés de leur succession. Et l'effet de cette clause, ajoute la Cour, peut être étendu à celui des deux testateurs qui ayant survécu à l'autre a recueilli les legs qui lui étaient faits. Ce testateur ne peut, par un nouveau testament ou par des donations entre-vifs, modifier les dispositions antérieurement convenues de [ses biens propres, qui avaient fait la condition des dispositions du testateur prédécédé, sans encourir la déchéance prononcée par le testament de ce dernier.

La même Cour avait jugé (28 juin 1827) (2) que,

(1) Sirey, 1849. 1. 547.

(2) Dalloz, *Rép. alph.*, t. XVI, n° 187.

dans le cas où un individu, à qui une institution contractuelle avait été faite par ses père et mère, est décédé avant la loi du 17 nivôse an II laissant un legs à sa sœur sous la condition qu'elle n'attaquera pas l'institution contractuelle, s'il arrive, que, plus tard, celle-ci, après avoir accepté le legs et renoncé, toujours avant la loi de nivôse, à attaquer l'institution contractuelle, fait annuler cette institution en vertu de l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II qui a prescrit l'égalité dans les partages, les tribunaux peuvent décider, par appréciation des termes du testament, que la demande en partage égal et que le partage qui a suivi ont opéré la révocation du legs.

A l'occasion de cette même loi, la Cour de cassation avait également décidé (18 juillet 1822) (1) que la clause testamentaire, par laquelle un mari dispose en faveur de sa femme à la charge par elle de remettre à un tiers certains objets compris dans le don, en cas où elle quitterait son nom, pouvait être regardée comme impérative ou prohibitive, gênant la liberté de se remarier dans le sens de l'art. 12 de la loi du 17 nivôse an II et comme telle réputée non écrite. Mais une semblable décision ne devrait probablement pas être admise aujourd'hui.

Nous pourrions encore citer sans doute, de nombreux jugements ou arrêts ayant trait à notre sujet,

(1) Sirey, 1822-1824. 1. 3.

mais nous croyons avoir épuisé les plus intéressants.

Il serait sans utilité de rappeler des cas de médiocre importance et dont les principes précédemment développés donneront, par voie de comparaison, facilement la solution.

Mais quels que soient les cas de clause pénale qui puissent se présenter en pratique, il faudra toujours se rappeler que l'interprétation des juges joue en fait toujours un grand rôle dans la solution à donner.

Un jugement du tribunal de Péronne du 27 mars 1846, confirmé par arrêt de la Cour d'Amiens du 13 août 1846, en présente un exemple.

Un testateur avait légué une maison avec ses dépendances à son neveu, et, pour le cas où le légataire serait troublé dans la jouissance du legs par un des parents du disposant, il l'avait institué légataire universel.

Une contestation s'éleva entre le frère, héritier légitime du défunt, et le légataire, sur le point de savoir si une grange était comprise dans le legs. Le tribunal jugea que la revendication était mal fondée et, par suite, la clause pénale encourue.

Il y avait là un motif de doute. L'héritier légitime pouvait dire qu'il respectait le legs, qu'il contestait seulement l'interprétation donnée par le légataire.

La Cour décida que la volonté du testateur avait été méconnue dans un de ses effets, et que, par suite, la peine était encourue. La décision fut confirmée

par un arrêt de rejet du 5 juillet 1847 (1), rendu en ces termes :

« LA COUR : — Attendu que pour décider que, par le trouble apporté par le demandeur en cassation, dans la propriété et jouissance de la chose léguée au défendeur éventuel, le même demandeur avait encouru la peine de caducité infligée par le testateur, l'arrêt attaqué n'a fait qu'apprécier la volonté de ce dernier, les faits, actes et circonstances de la cause, sans se mettre en contradiction avec aucune loi. — Rejette, etc. »

C'est que les questions d'interprétation ne tombent pas sous la censure de la Cour de cassation.

Ajoutons, en terminant, que les peines sont de droit strict, qu'elles doivent être toujours strictement interprétées et ne peuvent s'étendre à un cas qu'elles n'ont pas expressément prévu. C'est là un principe que les tribunaux ne sauraient perdre de vue.

CONCLUSION.

En résumé, du principe établi dans la première partie, comme des applications exposées dans la seconde, nous concluerons que la théorie de l'option est celle, qui répond le mieux tout à la fois à la nature et au but de la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit, et la plus conforme aux règles du droit,

(1) Dalloz, 1847. 4. 256.

et surtout à la volonté du testateur qui doit dominer en cette matière.

Selon que la clause pénale et la disposition à laquelle elle est jointe porteront atteinte à l'ordre public ou à l'intérêt privé, nous la déclarerons nulle ou valable.

On ne saurait donc trop recommander au donateur, faisant une libéralité, ou au testateur, dictant ses dernières volontés, d'apporter une grande précision dans leurs dispositions, et d'éviter, par suite, autant que possible, les nombreuses difficultés que présente, dans la pratique, la distinction à faire entre ces deux grandes catégories d'intérêts.

Un exemple puisé dans Merlin, t. XVIII, p. 28 et suivantes (1), démontre avec évidence l'importance de cette recommandation.

(1) Le général Rioult d'Avenay, rapporte Merlin, possédait, pour toute fortune, un majorat en Westphalie, qu'il tenait de la munificence du chef de l'État, ses équipages et des capitaux de la valeur d'environ 65,000 fr.

Le 24 avril 1808, il fit un testament olographe en ces termes :

« Je déclare par le présent, que mon intention et dernière volonté est, en cas de mort, donner à Aimar de Gonneville, mon aide de camp, pendant sa vie durant seulement, la jouissance des biens que le chef du gouvernement m'a donnés dans le royaume de Westphalie, ou tout autre qui y serait substitué; après le décès du dit Gonneville, lesdits biens retourneront à mes héritiers directs ou collatéraux.

« Je donne de plus, audit sieur de Gonneville, en toute propriété, le plus beau cheval de mon écurie, de plus, 3,000 francs pour son entretien. J'entends encore et déclare que, sur mes économies dont est dépositaire X. à Paris, il soit donné à chacun de mes cousins, etc.....

« M. Aimar de Gonneville sera chargé de l'exécution de mes

Il en résulte, ainsi que de la longue plaidoirie que nous avons cru utile de donner en note avec l'arrêt intervenu à la suite, qu'on ne saurait trop apporter de soin dans la confection des dispositions à titre

« volontés, de conduire mes équipages, ma voiture, donnant cette
« dernière à ma sœur avec deux chevaux à son choix. Si quelques
« irrégularités ou défaut de forme, ou manque de respect pour mes
« volontés, faisaient contester les présentes dispositions, je déclare
« que, dans ce cas, je donne toute l'entière propriété de ma terre
« de Westphalie et mes économies ci-dessus dites, audit Aimar de
« Gonneville, à charge par lui de remplir mes intentions à l'égard
« de mes cousins et de mes domestiques. »

Le général Rioult d'Avenay ayant perdu la vie en 1809 au passage de la Piave, laissant pour héritiers légitimes son père, son frère et sa sœur, le sieur Aimar de Gonneville les a fait assigner devant le tribunal civil de Caen pour se voir condamner à lui délivrer les économies énoncées dans le testament, comme substituées par le testament même, au legs de l'usufruit de la terre de Westphalie, lequel était nul de plein droit.

Le 21 février 1810, un jugement condamna, en effet, les héritiers du général d'Avenay à délivrer ses économies au sieur Aimar de Gonneville.

Appel et arrêt confirmatif du 16 août de la même année, puis pourvoi en cassation.

« Si la Cour de cassation (a dit Merlin à l'audience de la section
« des requêtes, le 17 janvier 1811) était une Cour d'appel ou de revien-
« sion, ou, ce qui est la même chose, si le mal jugé pouvait former
« une ouverture de cassation contre un arrêt, le succès du recours
« des demandeurs ne serait pas douteux.

« Il est évident, en effet, que la Cour de Caen a donné au testa-
« ment du général Rioult d'Avenay, une interprétation qui en heurte
« ouvertement la lettre et l'esprit, qui les dénature, qui fait dire au
« testateur ce qu'il n'a ni dit ni voulu dire.

« Le testateur commence à léguer au sieur Aimar de Gonneville
« l'usufruit des biens que le chef de l'Etat lui a donnés dans le royaume
« de Westphalie; et, assurément, il ne fait, en cela, qu'une disposition
« radicalement nulle. Les biens que le chef de l'Etat lui avait don-
« nés, n'étaient transmissibles qu'à ses enfants mâles. A défaut
« d'enfants mâles du testateur, ces biens devaient retourner au do-

gratuit, car, la nécessité pour le juge, en présence d'une disposition testamentaire obscure ou ambiguë, d'interpréter le testament, en recherchant quelle a pu être l'intention du disposant (*Voluntatis defuncti*

« maine extraordinaire de la couronne, et le testateur ne pouvait ni empêcher, ni retarder ce retour par un legs d'usufruit.

« Le testateur prévoit ensuite le cas, où son legs viendrait à essuyer quelques contestations, soit pour l'irrégularité, soit pour défaut, soit pour manque de respect pour ses volontés, et, ce cas arrivant, il donne au sieur Aimar de Gonneville toute l'entière propriété de sa terre de Westphalie, et ses économies dont il avait précédemment fait mention.

« De quelles contestations le testateur entend-il parler dans cette partie de son testament ?

« De celle que le sieur Aimar de Gonneville pourrait éprouver de la part des agents du gouvernement, de celles qui pourraient avoir pour motif le droit de retour qu'avait le domaine extraordinaire de la couronne sur la terre dont il s'agit ? Non, assurément ; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que, pour indemniser le sieur Aimar de Gonneville des désagréments que ces contestations pourraient lui causer, il lui donne, non seulement ses économies, mais encore l'entière propriété de son majorat, disposition, de laquelle il résulte évidemment qu'il se regarde comme propriétaire absolu et incommutable de la terre qu'il ne possédait qu'à la charge du droit du retour ; qu'il ne craignait, pour son légataire, aucune contestation de la part des conservateurs du domaine extraordinaire et, par conséquent, que ce n'est pas pour prévenir l'effet de cette crainte, qu'il a ainsi disposé.

« Il n'a donc pu disposer ainsi que pour empêcher ses héritiers légitimes, c'est-à-dire son père, son frère et sa sœur, de contester le legs qu'il faisait au sieur Aimar de Gonneville. C'est donc uniquement à ses héritiers légitimes que se rapportent les contestations dont il veut garantir son légataire. Il ne dispose donc, comme il le fait, que pour le cas où ses héritiers légitimes s'aviseraient de contester à son légataire l'usufruit de son majorat. Sa disposition ne forme donc qu'un legs pénal.

« Mais un legs pénal n'a d'effet qu'autant que se réalise, de la part de l'héritier qui en est privé, la contravention à la volonté du testateur. »

questio in estimatione judicis est L. 7, C. *Def. fid. com.*), peut l'entraîner quelquefois à une décision absolument différente de ce que le testateur a eu précisément en vue. La volonté du testateur, doit être,

« Or, ici, en quoi les héritiers légitimes du général Rioult d'Avenay
« ont-ils contrevenu à sa volonté? En rien, ils n'ont pas contesté le
« legs, que ledit général Rioult avait fait au sieur Aimar de Gonne-
« ville, de l'usufruit de la terre de Westphalie. Ils n'ont rien fait, et
« ils n'avaient aucun intérêt à rien faire, pour que le sieur Aimar de
« Gonneville ne recueillit pas ce legs. Si le sieur Aimar n'a pas re-
« cueilli ce legs, c'est uniquement parce que les décrets impériaux
« en avaient à l'avance prononcé la nullité; c'est parce que les con-
« servateurs du domaine extraordinaire ont pris, comme ils le de-
« vaient, les mesures nécessaires pour que ce legs demeurât sans
« effet.

« Dès lors, qu'est devenu le legs pénal des économies du testateur?
« Bien évidemment, il s'est évanoui, parce qu'il n'y a pas de peine,
« là, où il n'y a point de legs, là, où manque la condition sous la-
« quelle le testateur avait légué.

« Cependant, par l'arrêt qui vous est dénoncé, la Cour de Caen
« ordonne l'exécution de ce legs, comme s'il était pur et simple; et
« quels sont ses motifs?

« C'est que la clause, par laquelle le testateur lègue éventuelle-
« ment ses économies au sieur Aimar de Gonneville, n'est pas pure-
« ment pénale, c'est que le testament contient deux dispositions,
« dont la seconde doit avoir son effet, si la première devient cadu-
« que.

« Mais la seconde disposition, c'est-à-dire, le legs des économies,
« n'est pas subordonnée par le testateur à la caducité de la première,
« c'est-à-dire, du legs de l'usufruit du majorat. Le testateur entend
« si peu que le legs de l'usufruit du majorat puisse devenir caduc,
« à raison de l'indisponibilité des biens qui en forment l'objet, que,
« par la seconde disposition, il a ajouté au legs éventuel de ses éco-
« nomies, le legs pareillement éventuel de la propriété du majorat
« même.

« A quoi donc est subordonné, dans l'intention du testateur, le legs
« éventuel des économies? Il est subordonné au cas où il s'élève-
« rait des contestations sur la validité du legs de l'usufruit du
« majorat. Et pour que ce cas se réalise, pour que le legs éventuel

avant tout suivie, *Voluntatis testatoris per omnia obediendum esse*, mais, pour cela, il est essentiel qu'elle soit clairement exprimée. *Disponat testator et erit lex*, a-t-on dit, mais pour cela, il faut que cette loi soit précise.

« ait lieu, le testateur n'exige pas que les contestations soient fondées et obtiennent leur effet, non, et, bien loin de là, il suppose qu'on ne peut élever contre le legs de l'usufruit du majorat que des contestations dénuées de tout fondement; il suppose que le legs de l'usufruit du majorat doit triompher, sans difficultés, de toutes les contestations quipourraient l'attaquer; et cela est si vrai, encore une fois, que, le cas de contestations arrivant, il ordonne que le légataire de l'usufruit, non seulement conservera le legs de l'usufruit même, mais jouira, en outre, de l'entière propriété. Donc le legs des économies n'est fait qu'en haine des contestations que les héritiers du testateur pourraient élever contre le legs de l'usufruit du majorat. Donc, la Cour de Caen a avancé une grande erreur, quand elle a dit que, dans la pensée du testateur, la seconde disposition (relative aux économies), n'est pas purement pénale, et qu'elle doit avoir son effet, si la première (relative à l'usufruit du majorat), devient caduque.

« Mais, si de tout cela il résulte que la Cour de Caen a mal jugé, en résulte-t-il aussi que la cassation peut atteindre son arrêt ?

« Cette question revient, en d'autres termes, à celle-ci : l'arrêt de la Cour de Caen viole-t-il quelque loi, ou n'offense-t-il que la raison ?

« Car s'il ne viole aucune loi, s'il n'offense que la raison, quel moyen y aurait-il de le casser ; Il ne pourrait pas être cassé, nous sommes forcés de le dire, pour avoir jugé que deux et deux ne font pas quatre ; il ne peut pas l'être davantage pour avoir jugé qu'il y a legs dans un cas où, d'après la volonté du testateur, il n'en existe pas l'ombre. »

C'est ce qui fut jugé par l'arrêt du 17 janvier 1844, au rapport de M. Vergès, par lequel :

« Considérant, sur le dernier moyen, que la Cour, dont l'arrêt est attaqué, n'a fait qu'interpréter le testament dont il s'agit au procès, et que cette interprétation était essentiellement dans les attributions de ladite Cour.

« La Cour rejette le pourvoi du sieur Rioult d'Avenay. »

Si le devoir qu'on doit à ceux qui nous font du bien ne consiste pas tant à les pleurer qu'à répondre avec empressement au moindre de leurs désirs (*Facere quæ mandaverunt et quæ voluerint exsequi*) comme disait un ancien, il faut que ces désirs soient nettement formulés.

La clause pénale donne à chacun, au plus haut degré, le moyen d'expliquer, en les précisant, ses intentions, c'est au testateur d'en user avec sagesse, prudence et habileté. Alors, aucun obstacle ne s'opposera plus à l'exécution de sa volonté qu'il aura lui-même interprétée : « Cum testator se ipsum glossat et interpretatur, non est necesse confugere ad aliam juris interpretationem. » (*Mantica*, lib. 3, t. I, n° 1).

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La règle Catonienne ne s'appliquait pas aux institutions d'héritier.

II.— Le legs, fait à un esclave de ce qui appartenait à son maître ou de ce qui était dû purement et simplement à ce dernier, était valable, même lorsqu'il se trouvait encore sous sa puissance au moment du décès.

III. — On ne doit pas admettre que la règle Catonienne ait été, en général, supprimée, pour les legs, à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien.

IV. — La règle Catonienne s'appliquait aux fidéicommiss comme aux legs.

V. — On ne doit pas rattacher à l'influence de la règle Catonienne cette condition, exigée anciennement pour la validité du legs *per vindicationem*, d'après laquelle il n'y avait que les choses appartenant *ex jure quiritium* au testateur au moment du testament, qui pussent être ainsi léguées.

VI. — La sentence ne laisse pas subsister une obligation naturelle.

VII. — Les *correi promittendi*, obligés en vertu d'une *condictio*, ne doivent pas être confondus avec le débiteur, simplement tenu *in solidum*, en vertu d'un contrat de bonne foi ou d'une action *in factum*.

VIII. — Le legs *sub conditione* d'une servitude prédiale est valable même en droit civil.

IX. — En principe, dans les actions *in rem*, le *jussum judicis* peut être exécuté même *manu militari* dans le droit classique.

DROIT CIVIL

I. — La clause pénale, comme toute disposition conditionnelle, est soumise aux règles de l'art. 900.

II. — Le mot « Lois » employé par l'art. 900, ne doit s'entendre que des lois concernant l'ordre public.

III. — La principale considération, qui a motivé les dispositions de l'art. 900, est puisée dans la volonté même du testateur, laquelle doit guider autant que possible le juge dans sa décision.

IV. — La clause pénale, ayant pour but de sanc-

tionner une nullité d'ordre public, est également nulle et doit être réputée non écrite. — (Substitution. — Défaut de forme, etc.).

V. — La clause pénale ne portant atteinte qu'à un intérêt privé est absolument valable. — C'est ainsi que la disposition par laquelle un ascendant, faisant le partage anticipé de ses biens et de ceux de son conjoint prédécédé, interdit d'attaquer l'acte de partage à peine de privation de la quotité disponible, doit recevoir son exécution.

VI. — La même solution doit être admise en principe au cas où le testament porte atteinte à la réserve.

VII. — Il en doit être de même de la disposition, dans laquelle le testateur a joint une clause pénale à la prohibition du bénéfice d'inventaire.

VIII. — Dans l'hypothèse prévue par l'art. 46, la preuve testimoniale est admise sans condition pour prouver non seulement le fait de la naissance, mais encore la filiation légitime.

IX. — Les père ou mère ne peuvent réduire leur enfant naturel, en vertu de l'art. 761, à la moitié de

sa part héréditaire, qu'avec le consentement de cet enfant.

X. — L'héritier pour partie ne peut, après avoir payé la part de dette pour laquelle il était personnellement tenu, purger l'immeuble hypothéqué qui a été mis dans son lot.

XI. — On ne peut acquérir les servitudes continues et apparentes par la prescription de 10 ou 20 ans.

XII. — Les sociétés civiles peuvent être des personnes morales, au moins quand elles ont un siège social.

DIVERSES.

I. — Un étranger ne peut être nommé expert par un tribunal français.

II. — Le vendeur d'immeuble perd son privilège quand il ne l'a pas inscrit avant le jugement déclaratif de faillite de l'acheteur, mais il conserve néanmoins son droit de résolution.

III. — Les apports exclusivement immobiliers, faits par deux sociétés commerciales se fondant en une seule, sont sujets à vérification.

IV. — L'appel *a minima*, interjeté par le ministère public, autorise les juges du second degré à prononcer sur la culpabilité du prévenu et à acquitter ce dernier.

Vu par le Président de la thèse :

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen :

CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

P^r le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

MOREL.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

	Pages.
Généralités. Origine. But de la règle.....	5
CHAPITRE I ^{er} . — Dispositions de dernière volonté auxquelles se réfère la règle Catonienne. Caractères essentiels de cette règle.....	10
CHAPITRE II. — Cas dans lesquels s'applique la règle Cato- nienne	14
<i>Premier cas</i> : Legs d'une chose appartenant au légataire.....	14
<i>Deuxième cas</i> : Legs d'une <i>res ædibus juncta</i>	15
<i>Troisième cas</i> : Legs d'une servitude prédiale à une personne qui n'est pas propriétaire du fonds dominant.....	16
<i>Quatrième cas</i> : Legs à une personne inca- pable à raison de ses relations avec le dis- posant ou avec l'héritier.....	17
1 ^{re} hypothèse : Legs à l'esclave de l'héritier.....	18
2 ^e hypothèse : Legs fait par le testateur à son propre esclave.....	29
§ 1 ^{er} . Legs à un esclave avec affranchisse- ment.....	30
§ 2. Legs fait à un esclave qui lui-même est légué.....	33
§ 3. Legs fait à l'esclave commun par un seul de ses maîtres.....	35
CHAPITRE III. — Causes de nullité de certains actes de der- nière volonté étrangères à la règle Cato- nienne	39
<i>Premier cas</i> : Des institutions d'héritier....	39

	Pages.
<i>Deuxième cas</i> : De l'absence de <i>testamenti factio</i> chez le légataire.....	45
<i>Troisième cas</i> : De la chose léguée qui doit être <i>in commercio</i>	46
<i>Quatrième cas</i> : De la règle qui, dans l'ancien droit, en matière de legs <i>per vindicationem</i> , exigeait que le testateur eût la propriété quiritaire au moment de la disposition	47
CHAPITRE IV. — Influence de la règle Catonienne aux différentes époques de la législation romaine..	49
§ 1 ^{er} . De la règle Catonienne sous les lois caducaires	49
§ 2. De la règle Catonienne sous Justinien.	51
CHAPITRE V. — De la règle Catonienne dans les pays de droit écrit, dans les pays de droit coutumier et sous la législation actuelle.....	56
§ 1 ^{er} . De la règle Catonienne dans les pays de droit écrit et dans les pays de droit coutumier	56
§ 2. De la règle Catonienne dans la législation actuelle.....	61

DROIT FRANÇAIS.

Introduction : De la faculté de disposer à titre gratuit.....	63
Des conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs (historique).....	71

DE LA CLAUSE PÉNALE DANS LES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT.

Observations préliminaires (diverses espèces de clauses pénales).....	79
---	----

	Pages.
PREMIÈRE PARTIE : — Du principe de la clause pénale, de sa nature et de ses règles.....	85
CHAPITRE I ^{er} . — Théorie de la nullité des clauses prohibitives.	87
CHAPITRE II. — Théorie de la clause pénale.....	93
1 ^o La clause pénale est l'accessoire d'une disposition principale.....	93
2 ^o Application de l'art. 1227.....	96
3 ^o Autrement, le législateur eût donné un moyen d'éluder la loi.....	97
4 ^o La clause pénale ne maintiendra la paix dans les familles que si la disposition est régulière	99
5 ^o L'objection, tirée de la volonté du disposant, n'est pas considérable.....	101
Conclusion	104
CHAPITRE III. — Théorie de l'option.....	105
1 ^o Deux dispositions distinctes.....	105
2 ^o Application de l'art. 900.....	106
3 ^o Le disposant peut faire indirectement ce qu'il lui est permis de faire directement.	108
4 ^o Droit du disposant. — Droit du gratifié. — Aucune contrainte. — Option.....	110
5 ^o La clause pénale maintient la paix dans les familles.....	113
6 ^o Respect de la volonté du testateur.....	114
Conclusion.....	115
CHAPITRE IV. — Discussion	116
1 ^o Objection tirée du caractère d'accessoire, attribué à la clause pénale (application de l'art. 900).....	116
2 ^o L'application de l'art. 900 est ancienne (Justinien).....	125

	Pages.
3° Objection tirée de la prétendue confusion avec le legs pénal.....	126
4° Preuve tirée des considérations qui ont motivé l'art. 900.....	134
5° Examen de la clause pénale par rapport à l'art. 900. — Validité de l'option. — Opinion des auteurs.....	142
Conclusion.....	155
CHAPITRE V. — De l'effet de la clause pénale.....	157
DEUXIÈME PARTIE : — Application du principe.....	163
CHAPITRE I ^{er} . — Des cas dans lesquels la clause pénale est nulle.....	165
I. Des substitutions.....	165
II. Défense d'aliéner (<i>id.</i> de sortir de l'indi- vision).....	172
III. Incapacités de recevoir d'ordre public..	179
IV. Clause portant atteinte à l'état des per- sonnes.....	189
V. Vices de forme.....	191
VI. Suggestion. — Captation.....	195
CHAPITRE II. — Des cas dans lesquels la clause pénale est valable.....	201
I. Défense d'attaquer un acte à titre gratuit en général.....	201
II. Charge de renoncer à une succession..	204
III. Interdiction du bénéfice d'inventaire...	209
IV. Legs de la chose d'autrui.....	219
V. De la réserve.....	242
VI. Clauses diverses (obligation de vendre. — Inégalité des lots, etc.).....	254
Conclusion.....	260

